

Tilburg University

Houdbaar recht

Loth, Marc

Published in:
Recht over tijd

Publication date:
2018

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Loth, M. (2018). Houdbaar recht: Over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. In *Recht over tijd: Hoever reikt het privaatrecht in het verleden* (pp. 7-81). (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht ; Vol. 2018). Uitgeverij Paris.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

HOUDBAAR RECHT;
over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht

Marc Loth¹

“We can no longer afford to take that which was good in the past and simply call it our heritage, to discard the bad and simply think of it as a dead load which by itself time will bury in oblivion.”

Hannah Arendt²

“For the great wrongs in society, little can be expected.”

Harriet Beecher Stowe³

¹ Hoogleraar Privaatrecht, Tilburg Law School. Met dank aan Karlijn van Doorn, Rob van Gestel, Lars van Vliet en Jan Vranken voor hun kritische lezing en nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst. Vanzelfsprekend is de uiteindelijke tekst uitsluitend mijn verantwoordelijkheid.

² Arendt 1973, p. ix.

³ Beecher Stowe 2001 (geciteerd uit Brophy 2003, p. 500).

Inhoud

1. Inleiding
2. Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling
3. De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring
4. Verlenging van de houdbaarheid; doorbrekingsjurisprudentie
5. De houdbaarheid van de verbintenis; tijd en de onrechtmatige daad
 - A. Onrechtmatigheid toen en daar.....
 - B. Causale verbanden met hier en nu.....
 - C. De schade en verder.....
6. Compensatie, restitutie, satisfactie, of distributie?
 - A. Compensatie
 - B. Restitutie
 - C. Satisfactie
 - D. Distributie
7. Variabelen van vorderingen op grond van historisch onrecht
 - A. Tijdsverloop
 - B. Partijen
 - C. Remedies
 - D. Morele legitimaties
 - E. Politieke afwegingen
8. Conclusies

1. Inleiding

Twee civiele zaken, één uit de VS en één uit eigen land:

Een van de eerste “*slavery reparation suits*” was de zaak van *Deadria Farmer Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation*.⁴ Het betrof een claim van een individuele eiseres tegen enkele grote bedrijven (een bank, een verzekeringsmaatschappij, een spoorwegmaatschappij, en een aantal andere bedrijven), gebaseerd op de stelling dat deze ongerechtvaardigd waren verrijkt door onbetaalde slavenarbeid.⁵ De schade was begroot op 40 miljoen dollar aan onbetaalde arbeid tussen 1790 en 1860, naar huidige maatstaven het astronomische bedrag van 1,4 triljoen dollar. De claim behelsde een vordering tot restitutie, schadevergoeding, “*punitive damages*”, en tot verantwoording van de dankzij de slavernij gemaakte winsten door de rechtsvoorgangers van deze bedrijven. Na samenvoeging met andere zaken is de vordering in eerste aanleg in een uitgebreide beslissing verworpen⁶, welk oordeel in hoger beroep heeft standgehouden.⁷ Sindsdien zijn nog wel enkele pogingen ondernomen maar geen enkele vordering tot schadevergoeding op grond van het slavernijverleden is toegewezen.⁸ Kort samengevat zijn dergelijke vorderingen al snel verjaard, ontbreken direct benadeelden of normschenders, is de onrechtmatigheid betwistbaar, de causaliteit onduidelijk, en de schade onbepaalbaar. De kern van de problemen is dat te veel tijd is verstreken sinds de afschaffing van de slavernij, meer dan vijf generaties terug.

Brophy (2006) analyseert meer in detail de factoren die aan het geringe succes van “slavery reparations suits” in de VS ten grondslag liggen. In de eerste plaats zijn er problemen met betrekking tot de identificatie van eisers en gedaagden. Benadeling door slavernij veronderstelt afstamming van iemand die door slavernij is benadeeld, dan wel benadeling van een eiser door de gevolgen van slavernij. Een individuele eiser kan namens een voorouder schade vorderen voor onrecht dat deze is aangedaan (“ancestor-based theories”), dan wel op eigen naam vergoeding eisen van de zelf ondervonden gevolgen van dat onrecht (“descendant-based theories”⁹). In de

⁴ Zie daarover Yamamoto e.a. 2003, en Brophy 2006, p. 123 – 126.

⁵ Mevrouw Paellmann stelde te zijn de “great-great-granddaughter of Clara and Abel Hinds, Africans who were enslaved on a South Carolina sea island rice plantation.”

⁶ U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005). De gronden worden als volgt samengevat: “First, Plaintiffs’ claims are beyond the constitutional authority of this court. Without alleging any specific connection between themselves and the named Defendants, Plaintiffs lack essential constitutional standing requirements to bring their claims. Second, prudential limitations prohibit the court from deciding such broad questions of social importance when such claims are brought on behalf of absent third parties, as Plaintiffs attempt here. Third, the long-standing and well-reasoned political question doctrine bars the court from deciding the issue of slavery reparations, an issue that has been historically and constitutionally committed to the Legislative and Executive branches of our government. Fourth, Plaintiffs’ claims are untimely. Conceding that many of the torts alleged in the Complaint occurred prior to the formal end of slavery, Plaintiffs fail to show how any of these claims fall within the applicable statutes of limitations. Finally, under the rules of procedure which guide the federal judicial system, Plaintiffs’ Complaint fails to state a claim upon which relief can be granted, a serious defect the court cannot overlook regardless how egregious the circumstances giving rise to the claims.”

⁷ U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 13 December 2006, In re African American Slave Descendants Litigation, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006), met enkele aanpassingen van ondergeschikt belang. Zie ook Lutz 2008.

⁸ Hylton 2004, p. 47. De beweging is reeds enige tijd over haar hoogtepunt heen (W. Olsen, ‘So long, slavery reparations’, *Los Angeles Times*, 31 oktober 2008).

⁹ Wenger 2006, p. 286.

praktijk is zowel het één als het ander vrijwel onhaalbaar omdat het praktisch onmogelijk is om individuele eisers van nu te verbinden aan benadeelden van toen. Daardoor staan in “slavery reparations suits” vrijwel altijd groepen benadeelden tegenover groepen bevoordeelden, bedrijven, of overheden (voor het profiteren van slavernij en/of het toestaan daarvan). Daarmee worden hele andere overwegingen relevant; niet alleen meer overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook overwegingen van distributieve rechtvaardigheid.¹⁰ Dat maakt het nog ingewikkelder om een door het privaatrecht erkende vorm van herstel te vinden, hoewel er wel degelijk verbanden bestaan tussen historisch onrecht en actuele achterstelling.¹¹ Dat roept de vraag op of hier niet eerder een taak voor de wetgever is weggelegd dan voor de rechter.¹² In de tweede plaats is er natuurlijk de kwestie van de verjaring van de vorderingen (in de VS de diverse “the statutes of limitations”), die in de weg staat aan actuele vorderingen met betrekking tot historisch onrecht (in casu gepleegd vòòr 1865, de afschaffing van de slavernij). Doorbreking van de verjaring is overigens niet onmogelijk, ook niet in de VS, maar is doorgaans beperkt tot hele specifieke gevallen.¹³ In de derde plaats rijzen vragen met betrekking tot de grondslag van de vordering; is dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, of een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking?¹⁴ En, indien voor het eerste wordt gekozen, hoe zit het eigenlijk met de onrechtmatigheid? Slavernij was destijds toch niet illegaal? Ten slotte is er de kwestie van de begroting van de schade en de daarmee samenhangende causaliteitsvragen. Hoe kan historisch onrecht worden verbonden aan actuele schade? Welke invloed hebben interveniërende factoren gehad op de causale keten?¹⁵ Al met al zijn er in het Amerikaanse recht zoveel hindernissen dat een succesvolle vordering niet in het verschiet ligt.¹⁶

¹⁰ Brophy: “Group identity serves, in Verdun’s article as in much reparations scholarship, as a proxy for evidence of of discrimination” (Brophy 2003, p. 507).

¹¹ “It seems that few deny that there are connections between past wrongdoing and present harm (though recognition of that fact may be more prevalent among victims than among descendants of perpetrators), but the problem becomes putting that connection into some framework the law recognizes” (Brophy 2003, p. 504, en Brophy 2006, p. 101, 102).

¹² Zoals kennelijk ook de rechter oordeelde in de hiervoor aangehaalde zaak: “The opinion dismisses the suit because of a lack of connection between plaintiffs and defendants. The court went on to state that the dispute is inherently political and one that is not subject to resolution by a court. These kind of claims are best heard, the court argued, by legislatures. It also found that the suit was barred by the statute of limitations” (2006, p. 126).

¹³ Zie Brophy: “The case for tolling the statute of limitations turned on the doctrine of fraudulent concealment, which tolls the running when the defendant has fraudulently concealed the facts that constitute the basis of the action and the plaintiff could not have discovered those facts through reasonable investigation” (Brophy 2006, p. 117).

¹⁴ Brophy: “In essence, the difference is between the harm to one person and the benefit to the other. Harm is almost always greater than benefit” (Brophy 2006, p. 104).

¹⁵ Brophy: “There are problems in connecting the past wrongdoers with their successors (who would be the present defendants); problems in connecting past victims with their successors (who would be the present plaintiffs); and connections between past wrongs and present claims” (Brophy 2003, p. 505).

¹⁶ Brophy: “If there are going to be reparations, they will most likely not come from the courts, because of problems with locating a substantive basis for most suits and with locating appropriate plaintiffs and defendants, and because of the statute of limitations” (Brophy 2006, p. 126). Positief gesteld: “To have a successful lawsuit, there will need to be plaintiffs who have an identifiable connection to the harm of slavery, who locate defendants who caused the harm that those plaintiffs suffered, and somehow the plaintiffs will have to get over the statute of limitations” (Brophy 2006, p. 127).

De tweede zaak is die van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden.¹⁷ De procedure was aangespannen door 7 weduwen van slachtoffers, een dochter van een slachtoffer, en een overlevende van de mannen die op 7 december 1947 door Nederlandse militairen standrechtelijk zijn geëxecuteerd in het dorpje Rawagedeh in toenmalig Nederlands Oost-Indië (het Comité Nederlandse Ereschulden heeft zich als eiser in de zaak gevoegd). Eisers vorderden een verklaring voor recht dat de Staat jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. De Staat beriep zich op de verjaring van de vordering. De rechtbank oordeelde dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, echter uitsluitend jegens de weduwen van de geëxecuteerde mannen en de mannen die gewond zijn geraakt (het beroep op verjaring slaagt dus wel tegen volgende generaties wier belangen minder direct bij de executies zijn betrokken). Bij dit oordeel nam de rechtbank in aanmerking dat het gaat om een zeer uitzonderlijke situatie waarvoor geen precedent bestaat, dat de Staat van deze executies (ook naar toen geldend recht) een ernstig verwijt kan worden gemaakt¹⁸ (dus niet enkel op grond van gewijzigde inzichten), dat de Staat van meet af aan kennis droeg van deze feiten en niettemin een afwachtende houding heeft aangenomen, en dat het weliswaar om oude feiten gaat maar wel uit een periode van de Nederlandse geschiedenis die nog niet is afgewikkeld. Dat de Staat zelf ook nog geen streep heeft gezet onder deze periode blijkt uit het “verruimde restitutiebeleid” ten aanzien van claims van (nabestaanden van) overlevenden van de Tweede Wereldoorlog.¹⁹ Bovendien gaat het om een periode uit de geschiedenis waarvan nog mensen in leven zijn die de aan de orde zijnde feiten hebben meegemaakt. Ten slotte weegt de rechtbank mee dat van onoverkomelijke bewijsproblemen geen sprake is omdat de Staat zowel de executies als de onrechtmatigheid daarvan heeft erkend.²⁰

In een vergelijkbare zaak van een individuele weduwe van een slachtoffer van een executie te Peniwen (Oost-Java) tegen de Staat enkele jaren later, oordeelde de rechtbank dat ook de omstandigheid meeweegt dat “de Indonesische weduwen gezien hun juridische, maatschappelijke, culturele, politieke en economische positie lange tijd feitelijk geen toegang tot het recht hadden”, waardoor niet van hen kon worden verlangd dat zij de Staat aansprakelijk stelden binnen een redelijke termijn nadat de schade bekend was geworden. In deze zaak wees de rechtbank de vergoeding voor gedeeld levensonderhoud toe (en wees zowel de vordering tot vergoeding van immateriële schade als van een forfaitair bedrag van 20000 euro af).²¹ In weer andere (gevoegde) zaken deed de rechtbank op dezelfde dag uitspraak. Hier ging het om de gevolgen van misdragingen die in 1946 en 1947 plaatsvonden in (thans) Zuid-Sulawesi. In deze zaken oordeelde

¹⁷ Rb. Den Haag 14 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793.

¹⁸ Reeds in 1948 werden deze executies in een VN-rapport “deliberate and ruthless” genoemd (r.o. 4.14).

¹⁹ R.o. 4.16, zie hierover Veraart 2012, p. 255: “Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan de recente teruggave van kunstvoorwerpen die door de Nazi’s waren geroofd en na de bevrijding in handen van de Nederlandse staat waren gekomen (op basis van de adviezen van de Restitutiecommissie, toevoeging van ML), maar ook aan de 764 miljoen gulden die door de staat, de beurs, verzekeraars en banken in 1999 en 2000 werd betaald aan de Nederlands Joodse gemeenschap ter compensatie van tekortkomingen in de wijze waarop het Nederlands rechtsherstel na de oorlog had plaatsgevonden”.

²⁰ Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld, evenmin is een schadestaatprocedure gevolgd. De weduwen ontvingen van de Staat ieder een bedrag van 20.000 euro (plus kosten). Eenzelfde bedrag is in 2013 uitgekeerd aan ieder van tien weduwen en kinderen van slachtoffers van zuiveringsacties op (thans) Zuid-Sulawesi in 1946 en 1947.

²¹ Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449.

de rechtbank – anders dan in de zaak Rawagedeh – dat het beroep op verjaring niet alleen jegens de weduwen maar ook jegens hun kinderen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank woog mee dat de wet in het kader van de benadeelden door gedeefd levensonderhoud geen onderscheid maakt en dat niet valt in te zien waarom de kinderen daardoor minder getroffen zouden zijn dan de weduwen. Op de achtergrond van deze procedures speelt de politieke erkenning van het in voormalig Nederlands Oost-Indië gepleegde onrecht een rol. In 2005 heeft minister Bot in een toespraak in Indonesië erkend dat Nederland zich achteraf bezien “met de grootschalige inzet van Nederlandse militairen in 1947 aan de verkeerde kant van de geschiedenis heeft geplaatst”. Daarbij heeft hij namens de Nederlandse regering diepe spijt betuigd voor het daardoor bij een groot aantal Indonesiërs veroorzaakte leed. In 2013 heeft de Nederlandse regering in een regeling aangeduid als “de Bekendmaking” uitgesproken te willen onderzoeken of met weduwen in een gelijke positie als de weduwen van Rawagedeh en Zuid-Sulawesi tot een minnelijke regeling kan worden gekomen.²² Ten slotte wees de Haagse rechtbank onlangs vonnis in een zaak waarin een individuele benadeelde de Staat aansprakelijk stelde voor (de gevolgen van) de gestelde foltering tijdens verhoren afgenomen in de periode van de eerste politionele actie. De rechtbank wees het beroep op verjaring af en achtte bewezen dat de eiser bij ondervraging tijdens zijn Nederlandse gevangenschap in 1947 is geslagen met een stuk hout en dat toen een sigaret op zijn hoofd is uitgedrukt. De zaak resulteerde in een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is en in een immateriële schadevergoeding van 5000 euro.²³

In de eerste zaak werd de vordering van de eiseres afgewezen, kort samengevat omdat te veel tijd was verstreken. In de tweede zaak werden de vorderingen van de eisers toegewezen; kennelijk was hier nog niet te veel tijd verstreken. Natuurlijk hebben beide zaken zich in verschillende jurisdicties afgespeeld, maar toch rijst de vraag naar een (diepere) verklaring.²⁴ Dat is hier dan ook mijn onderzoeksvraag: wat verklaart het verschil tussen de beide uitspraken? Waar ligt de grens tussen aansprakelijkheid voor het slavernijverleden, en die voor de misdragingen in een postkoloniale oorlog in de jaren ‘40 van de vorige eeuw? Is dat louter dat er in het eerste geval meer tijd is verstreken is dan in het tweede? Of betreft het niet louter een “*difference in degree*”, maar een “*difference in principle*”? Als dat laatste het geval is, welke principiële gronden zijn hier dan in het spel?²⁵ Hoe kunnen we die inzetten bij de beoordeling van nieuwe vorderingen op grond van

²² Voluit: “Bekendmaking van de Minister van Buitenlandse zaken en de Minister van Defensie van 10 september 2013 (...) van de contouren van een civielrechtelijke afwikkeling ter vergoeding van schade aan weduwen van slachtoffers van standrechtelijke executies in het voormalige Nederlands-Indië van vergelijkbare ernst en aard als Rawagedeh en Zuid Sulawesi”. De Bekendmaking voorziet in een schikkingsbedrag van 20.000 euro per weduwe (inclusief alle kosten).

²³ Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525 (zie ook Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, Rb. Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8642, en Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4448).

²⁴ Nadat deze tekst gereed was, las ik dat (ook) H.L. Wesseling de aansprakelijkheid voor slavernij en de gebeurtenissen in Rawagedeh vergelijkenderwijs bespreekt (Wesseling 2018, p. 33 – 42, met dank aan Jan Vranken die dit onder mijn aandacht bracht). Overigens wil Wesseling niets weten van excuses van de overheid voor het slavernijverleden of het koloniale verleden.

²⁵ Hylton schrijft hierover: “If four generations is not too long, then why should we consider six generations too long? Once this question is seriously thrown into play in courts, many property rights and legal entitlements start to look less predictable. Since much of law, and especially property law, seeks to settle expectations, this is a position it should avoid” (Hylton 2004, p. 49).

historisch onrecht? Aan deze vragen is dit preadvies gewijd, waarbij ik vooralsnog onder “historisch onrecht” niets meer of minder versta dan *“die gevallen waarin, vele jaren na dato, langs juridische weg gezocht wordt naar erkenning en genoegdoening voor leed dat in het verleden is toegebracht aan (groepen) mensen hier en elders”*.²⁶ Deze omschrijving is zowel partieel als vaag. Partieel, omdat zij uitsluitend iets zegt over de schaal van het onrecht en het tijdstip waarop het is gepleegd. Vaag, omdat in het midden blijft hoe groot die schaal moet zijn en hoe lang zich geleden het onrecht heeft afgespeeld. De reden om ‘historisch onrecht’ in dit stadium niet vollediger en preciezer te willen omschrijven is dat het nu juist deel uitmaakt van dit onderzoek om te verkennen welk historisch onrecht wél binnen het bereik van het aansprakelijkheidsrecht kan worden gebracht, en welk onrecht niet. Dan is het geen goede start om op voorhand op grond van conceptuele overwegingen (door een definitie) de grenzen te trekken die het onderzoek juist in kaart wil brengen.

Het probleem van de afgrenzing van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht is in ons land nog niet systematisch onderzocht, al zijn er hier en daar wel aanzetten. Bovendien is in de Amerikaanse literatuur een debat gevoerd over de *“slavery reparations suits”* en zien wij ook in Nederland een opkomend maatschappelijk debat over het herstel van historisch onrecht in de sfeer van de dekolonisatie in voormalig Nederlands-Indië, het misbruik in de Rooms-Katholieke Kerk, en andere vormen van historisch onrecht. Om die reden wil ik een verkennend onderzoek doen naar de rol die het aansprakelijkheidsrecht in Nederland zou kunnen spelen bij de omgang met historisch onrecht. Daarbij komt het geldende recht aan de orde, waaruit ik relevante leerstukken selecteer (zoals verjaring, onrechtmatigheid, causaliteit). Mede geïnspireerd door het Amerikaanse recht onderzoek ik welke denkrichtingen hier mogelijk zijn. Bovendien ga ik min of meer uitvoerig in op de vraag naar de legitimatie van aansprakelijkheid voor historisch onrecht; welke zijn de legitimerende principes en wat zijn hun grenzen? Hopelijk is daarmee niet alleen de theorievorming gediend, maar ook rechtsvorming. Ik verwacht dat de civiele rechter in de nabije toekomst met (veel) meer gevallen van historisch onrecht zal worden geconfronteerd, en dat het aansprakelijkheidsrecht daardoor nieuwe wegen zal inslaan. Daarbij zullen zeker ook de “zachtere” functies van het aansprakelijkheidsrecht worden aangesproken, en nieuwe remedies worden beproefd. Die heb ik hier en daar wel genoemd, maar niet systematisch onderzocht (omdat zij weer niet specifiek zijn voor de aansprakelijkheid van historisch onrecht).

De opzet van dit preadvies is als volgt. In paragraaf 2 wordt de achtergrond geschetst: een paradigmawisseling in de manier waarop wij omgaan met het verleden. Juist doordat in de samenleving, de politiek en het recht het historische verleden steeds minder als een afgesloten hoofdstuk wordt beschouwd, wordt de vraag naar de aansprakelijkheid voor historisch onrecht relevant. Voor de beoordeling van vorderingen op grond van historisch onrecht is allereerst van belang de vraag naar de verjaring van die vorderingen. Verjaring beperkt de houdbaarheid van vorderingen in het civiele recht (par. 3), maar kan worden doorbroken. In paragraaf 4 wordt

²⁶ Giesen 2017, p.1. Deze definitie omvat dus zowel de gevallen die toen al onrechtmatig waren als die welke dat nog niet waren, maar die wij achteraf wel als zodanig beoordelen (‘onrecht’ is hier dus niet in de beperkte zin van ‘onrechtmatig’ te verstaan, maar in de bredere zin van ‘onrechtvaardig’). De reden hiervoor is dat ik op voorhand geen gevallen wil uitsluiten van de analyse.

onderzocht welke omstandigheden voor de doorbreking van de verjaringsregeling in geval van historisch onrecht van belang zijn. Voorts onderzoek ik de invloed van het tijdsverloop op de onderliggende verbintenis uit onrechtmatige daad en de daarvoor geldende vereisten: onrechtmatigheid, causaliteit, en schade (zie par. 5). De antwoorden op de vraag naar het *wanneer* van aansprakelijkheid laten nog veel onduidelijkheid bestaan, reden waarom wij het onderzoek vervolgen naar het *waarom* van aansprakelijkheid. Daarbij komen de onderliggende principes aan de orde: compensatie, restitutie, preventie, satisfactie (genoegdoening) en distributie (zie par. 6). In het licht van de bevindingen kunnen vervolgens de variabelen voor de toe- of afwijzing van vorderingen op grond van historisch onrecht worden onderzocht (zie par. 7). Daarbij zal blijken dat de zaak van Deadria Farmer Paellmann zich in een aantal relevante opzichten onderscheidt van die van de weduwen van Rawagedeh (het tijdsverloop, de aard van de partijen, de gevorderde remedies, de morele legitimaties, en de politieke afwegingen). Dat vormt het antwoord op de onderzoeksvraag naar de verklaring van het verschil in succes van de beide zaken. In paragraaf 8 rond ik af met enkele conclusies over de houdbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht.

2. *Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling*

Hoe wordt in onze samenleving, de politiek, de moraal en het recht met het verleden omgegaan? In de beantwoording van deze vraag heeft zich sedert ruwweg de Tweede Wereldoorlog een belangrijke kentering voltrokken, zó belangrijk, dat wel van een paradigmawisseling kan worden gesproken.²⁷ Voor die tijd was het historische verleden vooral een rustig bezit, zoals fraai tot uitdrukking komt in het uit de Duitse doctrine afkomstige leerstuk van de “*Unvordenklichkeit*”. Het behelst twee elementen: (i) het positieve element houdt in dat een bepaalde generatie niet beter wist, dan dat een bepaalde toestand altijd zo geweest was, en (ii) het negatieve element houdt in dat het levende geslacht nooit van vroegere generaties had gehoord, hoe die toestand was ontstaan of wat eraan voorafgegaan was.²⁸ Wanneer de oorzaak en het tijdstip van ontstaan van een feitelijke situatie in vergetelheid zijn geraakt, wordt die oorzaak voor rechtmatig gehouden. De feitelijke toestand is daarmee tevens een rechtstoestand. In dit opzicht stemmen gewoonte en verjaring overeen; beide consolideren een bestaande toestand. Omstreeks het midden van de 13^e eeuw deden de aan het Romeinse recht ontleende, en door het Canonieke recht ruimere toepassing gegeven, instituten van de ‘*immemoriale possessie*’ en ‘*praescriptie*’ hier te lande hun intrede. Zij voorzagen in een behoefte in een samenleving die in feite uitsluitend de verjaring van één jaar en een dag kende. Zij pasten wonderwel in een samenleving die gekenmerkt werd door respect voor sinds mensenheugenis bestaande toestanden.²⁹ De geschiedenis van het leerstuk van de verjaring vertoont tot aan de codificatie overigens een verbrokkeld beeld. Paradoxaal genoeg droeg het daarom nauwelijks bij aan waar het primair voor bedoeld was, namelijk het bieden van

²⁷ Bevernage spreekt van een “cultural turn in political science” (2015, p. 2). Het begrip paradigma is hier dus niet alleen in als wetenschappelijke notie bedoeld, maar in een bredere maatschappelijke en culturele betekenis. Het is overigens niet de bedoeling in deze paragraaf stelling te nemen in een historisch debat, maar wel om de achtergrond te schetsen van de toenemende aandacht voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht, als ook van het dilemma dat daarbij onder ogen moet worden gezien.

²⁸ Van Iterson 1962, p. 427.

²⁹ Van Iterson 1962, p. 471.

rechtszekerheid. In dit opzicht hebben de codificaties van 1838 en 1992 verbetering gebracht; strakke en scherpe termijnen begrenzen en legitimeren de beperkte houdbaarheid van rechtsvorderingen, en daarmee de vereenzelviging van feit en recht. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de verjaring (par. 3).

Na de Tweede Wereldoorlog is dit paradigma vrij radicaal verlaten voor een andere manier van omgaan met het verleden, door sommigen wel aangeduid als een “politiek van spijt”.³⁰ Onder invloed van de transitie van autoritaire naar democratische regimes en het idee van universele mensenrechten, werden wereldwijd nieuwe, indringende vragen gesteld over het min of meer recente historische verleden. Nadat de verhalen over een Duizendjarig Rijk, een klasseloze maatschappij, en de superioriteit van rassen, standen en volken schipbreuk hadden geleden, vroegen overlevenden, slachtoffers en nabestaanden om erkenning van hun leed en om een beter begrip van dat verleden. Het resultaat is een “democratisering van het verleden”, een ander verhaal over het verleden waarin de onderdrukten van weleer een significante rol spelen waaraan zij erkenning ontnemen, alsook de troost die een verklaring voor hun leed kan bieden.³¹

Vanzelfsprekend ligt dan de schuldvraag om de hoek en daarmee wordt het herschrijven van de geschiedenis zelf voorwerp van (voortgezette) politieke strijd. Voor een belangrijk deel is de kans op een pacificatie van de onderdrukkers en onderdrukten van weleer afhankelijk van de mate waarin zij erin slagen samen te werken aan nieuwe verhalen over het gedeelde, traumatische verleden (vergelijk de rol van waarheidscommissies).³² De nalatenschap van de vorige eeuw biedt een overvloed aan aanleidingen om het verleden te onderzoeken en te herschrijven: behalve de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust is er de nasleep van de dekolonisatie, de Apartheid, de slavenhandel, de onderdrukking van inheemse bewoners, en de afwikkeling van het verleden in onder meer Tibet, Rwanda, Soedan en voormalig Joegoslavië. In al deze en andere gevallen wordt geprobeerd anders met het verleden om te gaan dan voorheen; niet meer als een voldongen feit of zelfs als een verdrongen verleden, maar als voorwerp voor onderzoek vanuit het perspectief van de destijds onderdrukten.³³ Zowel de verwerking van het leed van onderdrukten als van collectieve trauma's is gediend met een onderzoek van het verleden dat leidt tot een nieuw en beter begrip van ieders plaats in de geschiedenis. Zowel de historicus als de jurist hebben hierin een taak:

“The historian, like the judge, has the duty of constructing a jurisprudential narrative – an Aristotelian exercise that, insofar as it deals with individual or collective actions, proceeds with a case-by-case sifting. Being jurisprudential, it is also “prudential”; the narrative does not set Kantian categories as the criterion for plausible human behavior, but relies primarily on

³⁰ Olick & Coughlin 2003, p. 2 – 28. In kritische zin Torpey, die de preoccupatie met het verleden ziet als een substituuut voor het verlies van perspectieven voor de toekomst als het socialisme en de natie-staat (Torpey 2001).

³¹ Cairns 2003, p. 48. Zie hierover ook Barkan 2003, p. 67.

³² Deze oefening eindigt overigens zelden in volledige overeenstemming, maar veel vaker in enkele basisverhalen die elkaar deels overlappen. De vertegenwoordigers van die verhalen begrijpen wat hen verdeeld houdt en kunnen met die meningsverschillen leven (Maier 2003, p. 268 – 269).

³³ Alan Cairns bespreekt de volgende (invloedrijke) studies: D. Goldhagen, *Hitler's willing executioners: ordinary Germans and the Holocaust*, New York: Knopf 1996, I. Chang, *The rape of Nanking: the forgotten Holocaust of World War II*, New York: Penguin books 1998, S. Courtois e.a., *The black book of communism, crimes, terror, repression*, Harvard University Press 1999, en R. Dussault & G. Erasmus, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 5 volumes, Ottawa: Canada Communications Group Publishing 1996 (Cairns 2003).

contextualization to establish what constituted culpable or nonculpable or even praiseworthy action.”³⁴

De geschetste paradigmawisseling heeft niet alleen gevolgen gehad voor de geschiedschrijving, maar ook voor het recht.³⁵ “*Coming to terms with the past*” is niet een eenvoudig concept; het omvat – naast geschiedschrijving – ook verontschuldigen, vergoeden, strafrechtelijke vervolging, en het zoeken naar herstel binnen een samenleving. Voor overheden is het maken van excuses vaak een eerste stap om de verhoudingen met andere staten of interne minderheden te appaiseren.³⁶ Het impliceert de aanvaarding van morele schuld of verantwoordelijkheid en is daarmee vaak de opmaat voor verdergaande maatregelen. Hoewel verontschuldigingen niet altijd geaccepteerd worden, is het beginsel van verontschuldiging tamelijk onomstreden. Schadevergoeding is een volgende stap op de schaal van vormen van herstel. De Amerikaanse rechtsgeschiedenis biedt talloze voorbeelden van een bij wet ingevoerde bijzondere schadevergoeding voor historisch onrecht: de ‘*Civil Liberties Act 1988*’ (waarbij aan Japanse Amerikanen \$ 20.000 werd uitgekeerd voor detentie tijdens de Tweede Wereldoorlog), de ‘*Indian Claims Commission*’ 1946 – 1978 (die claims beoordeelde vanaf 1776), de ‘*Roosewood Compensation Act 1994*’ van Florida (voor de rassenrel in Roosewood in 1923), en de ‘*Tulsa Riot Commission*’ (voor de rassenrel in Tulsa, Oklahoma, in 1921).³⁷ Een van de problemen van schadevergoedingen voor historisch onrecht (maar niet alleen daar) is het bepalen van de omvang: “*it puts a price on the priceless*”.

*“That is precisely the point of the exercise: to remove the losses from the realm of the sacred, the never-to-be-forgiven, into the realm of the politically negotiated. (...) The hitherto opposed parties – perpetrators and victims – are reaching across the gulf of historical hatred to resume a dialogue that will allow them to live together under some overarching rules of comity and coexistence. This involves what I have termed elsewhere “political reconciliation” (...) Those receiving reparation, in effect, must consent to a degree of closure: not closure on remembering or commemorating, but closure on material claims, assuming that all claims have been met and discussed and agreed upon.”*³⁸

In ons taalgebied heeft Veraart een vergelijkbaar tussenstandpunt ingenomen ten aanzien van de geschetste paradigmawisseling.³⁹ Zijn standpunt gaat uit van de observatie dat de rechtsorde geneigd is om historisch onrecht te vergeten (“*let bygones be bygones*”), in het streven om bij te dragen aan een vreedzame en pluriforme samenleving. De verwerking van collectieve trauma’s en het appaiserend van (potentiële) conflicten kan echter gediend zijn met de (her)opening van een

³⁴ Maier 2003, p. 266.

³⁵ Waarmee ik niet wil zeggen dat het uitsluitend deze ontwikkeling is geweest die ten grondslag ligt aan de toegenomen aandacht voor aansprakelijkheid voor historisch onrecht. De tendens om in toenemende mate schade wegens persoonlijk leed door middel van het aansprakelijkheidsrecht te verhalen, speelt evenzeer een rol.

³⁶ Zo heeft president Clinton excuses gemaakt voor de slavernij, voor de genocide in Rwanda, de executie van burgers in de Koreaanse oorlog, de steun aan het militaire regime in Guatemala, medische experimenten op Afro-Amerikanen in Tuskegee, radiologische experimenten, en landroof in Hawaï (Brophy 2003, p. 501). Recentelijk is bij ons de discussie gevoerd over ons slavernijverleden waarvoor de regering wel ‘berouw’ uitsprak, maar geen ‘officiële excuses’ wilde aanbieden (wat het verschil dan ook moge zijn, anders dan dat de laatste vaak (al dan niet terecht) als een opmaat voor de erkenning van aansprakelijkheid wordt beschouwd).

³⁷ Brooks 2003, p. 73 – 76, Brophy 2006, p. 117 – 140.

³⁸ Maier 2003, p. 264, 265.

³⁹ Veraart 2010, p. 44.

discussie over historisch onrecht. Het is daarom niet wenselijk de toegang tot het verleden volledig te blokkeren.⁴⁰ Anderzijds moet de rechtsorde ook niet faciliteren dat historisch onrecht permanent ter discussie wordt gesteld. Sommige claims tasten de sociale textuur van de samenleving aan of veroorzaken nieuw onrecht indien zij worden gehonoreerd.⁴¹ Bovendien is geen beslissing denkbaar die werkelijk en definitief recht doet aan het onrecht uit het verleden. Zowel bij de plicht tot vergeten als de plicht tot herinneren ligt permanent slachtofferschap op de loer, aldus Veraart, in het eerste geval omdat de slachtoffers geen erkenning vinden voor hun leed, in het laatste geval omdat de juridische strijd om erkenning niet tot een einde komt. De opgave voor de rechtsorde is om de overgangen tussen heden, verleden en toekomst voor iedereen open te houden, maar op gezette tijden ook af te sluiten.

*“Een menselijke, alledaagse rechtsorde zal de voorwaarden moeten bewaken waaronder herinneren, vergeten en vergeven betekenisvolle praktijken kunnen blijven, die op hun beurt de samenhang in een door individuele vrijheid en pluriformiteit gekenmerkte samenleving vergroten. Door beperkte, eindige antwoorden te produceren op oneindig onrecht uit het verleden, biedt de alledaagse rechtsorde niet alleen ruimte voor tal van buitenjuridische benaderingen van wat er in het verleden is gebeurd, maar ook voorzicht op de toekomst voor allen die zich in zijn invloedssfeer bevinden.”*⁴²

Veraart wijst er terecht op dat wegstreken van historisch onrecht even schadelijk kan zijn als de neiging om ieder historisch onrecht alsnog met juridische middelen recht te willen zetten. Dat roept onmiddellijk de vraag op: wanneer wel en wanneer niet, en vooral, op welke gronden wel en niet? Bij het onderzoek van deze vragen dient het volgende te worden bedacht. In de eerste plaats werkt de terminologie van ‘herinneren’ en ‘vergeten’ in een juridische context misschien verwarrend. Vanuit juridisch gezichtspunt is de vraag veeleer hoe en onder welke voorwaarden een ‘closure’ wenselijk of noodzakelijk is met betrekking tot herstel en schadeclaims, hetgeen op geen enkele manier aan de (sociaal)psychologische herinnering in de weg hoeft te staan. Sterker nog, in veel gevallen zal het aanbevelenswaardig zijn om historisch onrecht te blijven herinneren – door geschiedschrijving, monumenten, herdenkingen – zonder daar verder rechtsgevolgen aan te verbinden. Hieruit volgt – en dat is een tweede overweging – dat civielrechtelijke schadevergoeding kan worden gezien als onderdeel van een breder spectrum aan remedies om met het verleden in het reine te komen – zoals het verrichten van historisch onderzoek, maken van excuses, strafrechtelijke vervolging, maatschappelijke erkenning en politieke verzoening. Daarom is het belangrijk om aansprakelijkheid voor historisch onrecht niet geïsoleerd te beschouwen, maar als onderdeel van een bredere juridische, politieke en maatschappelijke context. Ook in een ander opzicht is een verbreding van het perspectief wenselijk. Wanneer wij ons tot het aansprakelijkheidsrecht beperken, is het bovendien belangrijk ons te realiseren dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen de remedie van schadevergoeding biedt. Het vervult daarnaast tal van functies die juist in het geval van (aansprakelijkheid voor) historisch onrecht van betekenis zijn, zoals de mogelijkheid van ‘storytelling’, waarheidsvinding, openbaarheid,

⁴⁰ In de woorden van Jeremy Waldron: “Why not therefore change the present so that it looks more like the present that would have obtained in the absence of the injustice?” (Waldron 1992, p. 8).

⁴¹ Veraart 2010, p. 14.

⁴² Veraart 2010, p. 45.

verantwoordingsprocessen, erkenning door de rechter, ‘case by case’ rechtsvorming, en de overbrugging van maatschappelijke of politieke tegenstellingen. Deze indirecte effecten zijn in deze context misschien wel minstens zo belangrijk als de uitkomst van een civielrechtelijke schadevergoeding.⁴³ Maar dat neemt niet weg – en dat is de laatste overweging – dat ook in het aansprakelijkheidsrecht het dilemma van het herstellen van historisch onrecht dan wel het afsluiten van het verleden, actueel en omstreden is.

3. De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring

Het instrument bij uitstek om te voorkomen dat ‘oud zeer’ leidraad van ons juridisch handelen wordt, is het leerstuk van de verjaring.⁴⁴ Het is daarom belangrijk inzicht te krijgen in het functioneren van dit instrument. “What is the justification for depriving a man of his rights, a pure evil as far as it goes, in consequence of the lapse of time?”, schreef Holmes.⁴⁵ De civielrechtelijke regeling van de verjaring is in de eerste plaats het resultaat van een belangenafweging van de wetgever; tegenover het belang van de schuldeiser een hem toekomende vordering te gelde te maken, staat het belang van de schuldenaar om niet tot in lengte van jaren met een rechtsvordering te worden geconfronteerd.⁴⁶ Door het stilzitten van de schuldeiser heeft deze bij de schuldenaar de verwachting gewekt dat deze niet meer zal worden aangesproken. Voor de schuldenaar is het van belang dat het voor hem steeds moeilijker wordt om (tegen)bewijs te leveren.⁴⁷ Van hem kan niet worden verwacht dat hij het bewijsmateriaal oneindig lang blijft bewaren. Bovendien worden getuigenverklaringen na verloop van tijd minder betrouwbaar.⁴⁸ Verder zal de vermogenspositie van de schuldenaar met het verstrijken van de tijd niet meer zijn ingesteld op een vordering van de schuldeiser. Deze omstandigheden brengen mee dat civielrechtelijke claims een beperkte houdbaarheid hebben. Samengevat, in antwoord op de vraag van Holmes: “Statutes of limitations (...) in their conclusive effects are designed to promote justice by preventing surprises through the revival of claims that have been allowed to slumber until evidence has been lost, memories have faded, and witnesses have disappeared.”⁴⁹

De wetgever heeft daarbij een balans gezocht tussen de belangen van beide partijen. Daarmee worden tevens gedragseffecten beoogd. De schuldeiser dient zijn vordering tijdig in te stellen, omdat hij anders zijn vordering verliest.⁵⁰ Verjaring stimuleert dus om alert te zijn op het mogelijke bestaan van een vordering en deze vordering met een zekere voortvarendheid te effectueren.⁵¹ Verjaring werkt overigens alleen wanneer naast het stilzitten van de schuldeiser ook de schuldenaar zich onthoudt van handelingen waardoor hij het bestaan van het vorderingsrecht zou

⁴³ Kysar 2017.

⁴⁴ Veraart 2010, p. 11.

⁴⁵ Holmes 1897, p. 476.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824 3.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824 3.

⁴⁸ Koopmann 2010, p. 1.

⁴⁹ U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005), p. 16.

⁵⁰ Vandaar de discussie of verjaring een soort straf is voor de schuldeiser op het verzuim zijn recht uit te oefenen (zie Lichtenauer 1932, p. 15 – 19).

⁵¹ Van Schaick 2000, p. 592.

erkennen.⁵² Het instituut van verjaring beschermt echter niet alleen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar, maar ook maatschappelijke belangen die boven de partijverhouding uitstijgen. Het zorgt ervoor dat het recht zich na verloop van tijd aansluit bij de feiten, het verschaft de zekerheid dat een feitelijke toestand ook een rechtstoestand representeert.⁵³ Het gaat bij verjaring uiteindelijk dus om de zekerheid van rechtstoestanden als algemeen belang.⁵⁴ Daardoor draagt het instituut van verjaring bij aan maatschappelijke orde en rust.⁵⁵ Vanwege dit belang van rechtszekerheid kent de wet vaste, voor iedereen kenbare verjaringstermijnen, die volgens de rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel strikt moeten worden gevolgd.⁵⁶

Voor de verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade gelden cumulatief een korte en een lange verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW). De korte verjaringstermijn van vijf jaren gaat in op de dag nadat de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden (zij wordt daarom wel ‘subjectief’ en ‘relatief’ genoemd). De lange verjaringstermijn van twintig jaar gaat in op de dag van de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (zij wordt daarom wel ‘objectief’ en ‘absoluut’ genoemd).⁵⁷ De ratio achter de beide verjaringstermijnen verschilt:

*“Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15.801, NJ 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag (...) De korte verjaringstermijn daarentegen, (...), staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.”*⁵⁸

De korte verjaringstermijn strekt ertoe dat de schuldeiser zijn vordering tijdig te gelde maakt, of anders gezegd, dat hij niet wacht totdat de lange verjaringstermijn verstrijkt. De lange verjaringstermijn strekt er vervolgens toe te verhinderen dat een vordering nooit, of pas na heel lange tijd verjaart (omdat de benadeelde nooit, of pas na heel lange tijd met de schade en/of de aansprakelijke persoon bekend raakt). Zij verzekert dat de vordering in ieder geval na twintig jaar na het schadevoorval verjaart. Bij de lange verjaringstermijn overheerst dus het (hiervoor genoemde) algemene belang van de rechtszekerheid, namelijk dat de zekerheid dat een rechtstoestand op een bepaald moment vaststaat.⁵⁹ Dat voorkomt dat onzekerheid omtrent de afdwingbaarheid van een verbintenis bredere maatschappelijke implicaties krijgt, waar derden last van kunnen hebben. Tevens voorkomt het dat procedures worden gevoerd over feiten die niet (goed) bewijsbaar meer zijn. Ten slotte kan als rechtvaardiging voor de lange verjaringstermijn worden genoemd dat de doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht – zoals compensatie en herstel

⁵² Lichtenauer 1932, p. 33. Erkenning is een van de stuitingsgronden (art. 3:318 BW).

⁵³ Smeehuijzen 2004, p. 34, Koopmann 2010, p. 1.

⁵⁴ Lichtenauer ziet verjaring als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden (van het niet meer bestaan van een vordering en een corresponderende schuld). Gedurende het verloop van de verjaringstermijn wordt dat vermoeden steeds sterker totdat het – met het verstrijken van die termijn – als onweerlegbaar wordt beschouwd (een ‘praesumptio iures et de iure’) (Lichtenauer 1932, p. 34).

⁵⁵ Lichtenauer 1932, p. 18, die spreekt over ‘la paix sociale’ en ‘ordre’ (onder verwijzing naar Planiol-Ripert-Esmein). Zie ook Lichtenauer 1962, p. 9, en Delva 1962, p. 7.

⁵⁶ HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1867 (*Van B./Diaconessenarbeid*). Zie ook Van Dijk 2003, paragraaf 2.

⁵⁷ Smeehuijzen 2006, p. 9, en Holthuijsen 2001, p. 2-3.

⁵⁸ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8186 (*Saelman/AZVU*).

⁵⁹ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8186 (*Saelman/AZVU*).

– rechterlijk ingrijpen na verloop van een lange periode minder wenselijk of noodzakelijk maken. Over het algemeen zal na verloop van twintig jaren de wond van de benadeelde door de tijd zijn geheeld, zo is de veronderstelling, het zou dan onnodig zijn om de status quo te doorbreken.⁶⁰

In het strafrecht wordt daar anders over gedacht, waar het de verjaring van internationale misdrijven of genocide betreft.⁶¹ Hier gelden natuurlijk evenzeer argumenten vòòr verjaring; procedurele redenen zoals het verloren gaan van bewijs, waardoor een eerlijk proces onmogelijk wordt, en inhoudelijke redenen, zoals de ontwikkelingen van de samenleving en de verandering van de verdachte die kunnen meebrengen dat bestraffing geen redelijk doel meer dient. Bij internationale misdrijven hebben de argumenten tégen verjaring evenwel zwaarder gewogen. De bewijsvragen liggen hier vaak net anders, maar bovenal gelden de feiten als te ernstig om een politiek van vergeten en vergeven te volgen. Omdat civiele vorderingen voortvloeiend uit internationale misdrijven wel verjaren, ontstaat de paradoxale situatie dat een dader wel strafrechtelijk kan worden vervolgd en berecht, maar op grond van dezelfde feiten niet door de benadeelden civielrechtelijk kan worden aangesproken. Zo is Van Anraat veroordeeld tot een gevangenisstraf van 16,5 jaar voor de levering van een grondstof voor mosterdgas aan het regime van Saddam Hoessein⁶², maar zijn diverse civiele vorderingen tegen hem op grond van verjaring afgestuit.⁶³ Zegveld concludeert dat civielrechtelijke verjaring in dergelijke gevallen niet van deze tijd is en pleit voor afschaffing. In de eerste plaats voert zij daartoe aan dat als het moreel juist is om ernstige misdrijven decennia later nog te vervolgen, dat zeker ook geldt voor het verhaal van schade door de slachtoffers. Voorts zijn in een civiele procedure partijen gelijk, waardoor zij in beginsel in dezelfde bewijspositie verkeren. De bewijslast ligt bovendien lager; het historisch onrecht als zodanig kan als vaststaand worden beschouwd, slechts de individuele betrokkenheid dient te worden bewezen. Omdat de bewijslast op de eisende partij rust, blijft een eerlijk proces verzekerd. Ten slotte rechtvaardigt ook het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet dit verschil in behandeling, aldus Zegveld, reden waarom ingrijpen van de wetgever gevraagd wordt.⁶⁴

Zegveld maakt ons terecht attent op de ongerijmdheid dat Van Anraat wel strafrechtelijk kon worden vervolgd en berecht, maar in een aantal gevallen niet civielrechtelijk tot vergoeding kon worden aangesproken door de slachtoffers van zijn strafbare gedrag. De regeling van de verjaring heeft zich in het civiele recht en het internationale strafrecht verschillend ontwikkeld, hetgeen juist in een casus van historisch onrecht tot niet te rechtvaardigen verschillen leidt. De voorgestelde

⁶⁰ Smeehuijzen 2004, p. 32, 34-36. Overigens is inmiddels door reparatiewetgeving voor een viertal situaties een andere termijn gaan gelden (art. 3:310, lid 2 – 5) (Smeehuijzen 2006, p. 12).

⁶¹ Zie hierover Zegveld 2015, p. 7 – 9. Vergelijk voor de internationale tribunalen: art. 1 Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring terzake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven (Straatsburg 1974), art. 1 Verdrag over de Niet-Toepasbaarheid van Statutaire Beperkingen voor Oorlogsmisdrijven en Misdrijven tegen de Mensheid 1968 (waarbij Nederland overigens niet is aangesloten), en (voor het Internationaal Strafhof) art. 11 en art. 29 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (17-071998). Voor het Cambodja Tribunaal geldt hetzelfde. Ook op nationaal niveau geldt dat veel landen geen verjaringstermijn voor de vervolging en berechting van internationale misdrijven meer kennen. Voor Nederland sluit art. 13 Wet internationale misdrijven de verjaring uit (vergelijk voor 'nationale' misdrijven de regeling van art. 70 Sr).

⁶² Gerechtshof Den Haag 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676, en HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822.

⁶³ Rb. Den Haag 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8087. Overigens niet alle civiele vorderingen, en niet op grond van Nederlandse maar op grond van Iraakse verjaringsregels.

⁶⁴ Zegveld 2015, p. 11 – 16.

oplossing gaat echter te ver. In de eerste plaats zijn de problemen beperkt door de invoering van art. 3:310 lid 4 BW, dat in een dergelijk geval de verjaringstermijnen in het (Nederlandse) civiele recht gelijktrekt met die in het strafrecht.⁶⁵ In de tweede plaats verschil ik met Zegveld van mening over het karakter van verjaring, waar zij schrijft:

*“Verjaring zegt slechts dat iemand te laat is. Hij kon ooit zijn vordering geldig maken, maar hij heeft te lang gewacht. Verjaring geldt voor iedereen in gelijke zin en heeft meer met praktische onmogelijkheid te maken, wegens het verloren gaan van bewijs. Het is veel minder van principiële aard” (dan de immuniteit van een staat in het volkenrecht, in welke context zij dit schrijft. ML).*⁶⁶

Hiervoor zagen wij dat verjaring niet slechts van praktische aard is; het instituut van verjaring raakt aan de zekerheid omtrent de juridische status van een feitelijke toestand, en dient als zodanig een algemeen belang. In de context van historisch onrecht is verjaring een belangrijk instrument om het verleden tot rust te brengen. De maatschappij heeft behoefte aan waarheidsvinding en aan recht voor de slachtoffers, schrijft Zegveld terecht⁶⁷, maar die samenleving heeft evenzeer behoefte aan maatschappelijke orde en rust.⁶⁸ De regeling van de verjaring dient ertoe om die orde en rust te bieden, en kan behulpzaam zijn om de ene situatie van de andere te (onder)scheiden. Aan het slot van haar oratie onderzoekt Zegveld andere instrumenten om het verleden af te sluiten – zoals een beperking tot de eerste generatie slachtoffers, of de beschikbaarheid van bewijs – maar zij lijkt ze geen van alle te ondersteunen. Moet de conclusie dan niet zijn dat civielrechtelijke verjaring juist wél van deze tijd is (al is de toepassing in een casus als die van Van Anraat dat niet)?⁶⁹ Zoals hierna zal blijken biedt de mogelijkheid van doorbreking van de verjaring door de rechter in gevallen van historisch onrecht een instrument om genuanceerd met de verjaringsregeling om te gaan.

4. De verlenging van de houdbaarheid; doorbrekingsjurisprudentie

In het arrest Van Hese/De Schelde heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op grond van art. 6:2 lid 2 BW in uitzonderlijke gevallen een beroep op de lange verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁷⁰ Voor de beoordeling van de vraag wanneer dat het geval is, heeft hij een gezichtspuntencatalogus geformuleerd. Daarbij staan zeven af te wegen gezichtspunten centraal, waaronder de aard van de schade, het bestaan van een uitkering uit andere

⁶⁵ Wet van 27 september 2012 tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het BW in geval van schade veroorzaakt door strafbare feiten (Stb. 454). De problemen in de zaak Van Anraat zijn ontstaan door de toepasselijkheid van buitenlands privaatrecht.

⁶⁶ Zegveld 2015, p. 14.

⁶⁷ Zegveld 2015, p. 11.

⁶⁸ In deze zin ook Epstein: “As a basic matter, a statute of limitations has two major purposes. The first purpose is to make sure that the cause of action is brought when the evidence is fresh so that a trial can conclude with tolerable accuracy. Second, and equally laudable, these statutes allow parties to bring to closure past disputes so that everyone can get on with the business of life” (Epstein 2004, p. 1183, onder verwijzing naar *United States v. Kubrick*, 444 U.S. 111, 117 (1979), met betrekking tot het verjaringsverweer onder de Alien Tort Claims Act).

⁶⁹ Zie ook Hylton: “(...) is the passage-of-time argument always a defensible ground for rejecting a claim for compensation or restitution? As a general matter, the answer is clearly yes. Expectations have to be settled at some point” (Hylton 2004, p. 48).

⁷⁰ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5636 (*Van Hese/De Schelde*).

hoofde, en de mate van schuld van de aangesprokene.⁷¹ In dit geval betrof het de aansprakelijkheid voor verborgen personenschade – een mesotheliom met een incubatietijd van 30 tot 40 jaar – waardoor de vordering verjaard was voordat de benadeelde van het bestaan ervan op de hoogte kon zijn.⁷² Deze rechtspraak is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM over de verhouding tussen het leerstuk van de verjaring en het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM). Volgens die jurisprudentie is verjaring in beginsel een passend middel voor legitieme doeleinden:

*“It is noteworthy that limitation periods in personal injury cases are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States. They serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time.”*⁷³

Wanneer evenwel een vordering is verjaard voordat zij kon worden ingesteld – zoals in het geval van het verhaal van schade door een mesotheliom – is daarmee het recht op toegang tot de rechter in zijn kern aangetast. De beperking van het recht op toegang tot de rechter die verjaring van de vordering oplevert, is dan niet (langer) proportioneel ten opzichte van de door die verjaring beschermde belangen (rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling).⁷⁴ Omdat het Nederlandse recht voor die gevallen een doorbreking van de verjaring mogelijk maakt, is het verenigbaar met art. 6 EVRM.⁷⁵

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde.⁷⁶ Deze kritiek klemmt temeer indien dezelfde gezichtspuntencatalogus soelaas moet bieden voor ongelijksoortige (categorieën van) gevallen. Naar het zich laat aanzien is dat aan de orde bij de

⁷¹ Het betreft de volgende gezichtspunten: (1) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde, (2) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden terzake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat, (3) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten, (4) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn, (5) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, (6) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt, (7) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld (deze gezichtspuntencatalogus is niet limitatief).

⁷² Op grond van dit arrest kan worden verdedigd dat de doorbrekingsleer ook voor andere vormen van (verborgen) schade geldt (zie Hebly 2017, p. 222), maar uit het op dezelfde datum uitgesproken arrest HR Rouwhof/Eternit volgt dat zij alleen van toepassing is als de rechtsovereenkomst verjaart voordat zij kan worden ingesteld (HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634) (zie Van Schaick 2000, p. 591, 592, en Wolters 2017, p. 81). Zie ook HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:AR3138 (*De Jong/Optimodal*) en HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:AT8782 (*Eternit/Horsting*).

⁷³ EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*).

⁷⁴ EHRM 11 maart 2014, ECLI:NL:XX:2014:126 (*Moor/Zwitserland*). Zie ook (voor andere gevallen dan een mesotheliom) EHRM 7 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0707JUD000106207 (*Stagno/België*), en EHRM 17 september 2013, ECLI:NL:XX:2013:202 (*Eşim/Turkije*).

⁷⁵ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494 (*Heijnen/Maersk*).

⁷⁶ Stolker, in: T&C BW 2017, art. 3:310 BW, aant. 3c (online, bijgewerkt 1 juli 2017) (uitzondering op grond van art. 6:2 lid 2 BW (*Van Hese/De Schelde*)). Conclusie A-G Hartlief bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, r.o. 4.24.

gevallen van verborgen schade zoals de mesotheliom-gevallen enerzijds – waarvoor de gezichtspuntencatalogus in het leven is geroepen – en de gevallen van historisch onrecht zoals Rawagedeh anderzijds. In de mesotheliomgevallen was de vordering van de benadeelde verjaard voordat hij of zij daarmee bekend was of had kunnen zijn, in Rawagedeh was dit niet zo. De nabestaanden van de slachtoffers van Rawagedeh waren van natuurlijk meet af aan bekend met de feiten die zij aan hun (veel) later ingestelde vordering ten grondslag hebben gelegd (al was de burgerlijke rechter in Nederland voor hen nagenoeg onbereikbaar). Op die grond kan dan ook worden verdedigd dat hun vordering ten onrechte is toegewezen.⁷⁷ De conclusie kan echter ook zijn dat deze gevallen van historisch onrecht een nieuwe categorie gevallen van doorbreking van de verjaring vormen, waarvoor de gezichtspuntencatalogus van Van Hese/De Schelde niet is geschreven.⁷⁸

Wat zijn de kenmerken van deze nieuwe categorie van gevallen waarin doorbreking van de verjaring gerechtvaardigd is? Of, anders gezegd, welke omstandigheden rechtvaardigen de doorbreking van de verjaring in geval van historisch onrecht?⁷⁹ Uit de Rawagedeh-jurisprudentie kunnen de volgende gezichtspunten worden afgeleid (zie ook par. 1). In de eerste plaats de omstandigheid dat het gaat om een “zeer uitzonderlijk situatie waarvan in de Nederlandse jurisprudentie geen precedents bekend zijn” (aldus de rechtbank in Rawagedeh). De ernst van de feiten – door Nederlandse militairen begaan in naam van de Nederlandse Staat – “tilt deze zaak als het ware uit boven gevallen van onrecht in de asbestzaken (...)”.⁸⁰ In de tweede plaats de omstandigheid dat het aan de Staat toe te rekenen handelen van de militairen ook naar toen geldend recht onrechtmatig was en zelfs strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtvaardigt (zij het dat destijds op opportunitetsgronden van vervolging werd afgezien). In de derde plaats dat dit alles bij de Staat bekend was, maar kennelijk geen aanleiding vormde om iets aan dit onrecht te doen, hetzij door de daders te vervolgen, hetzij door de slachtoffers te compenseren. In de vierde plaats dat de slachtoffers door hun juridische, maatschappelijke, politieke en economische positie feitelijk geen toegang tot het recht hadden (aldus de rechtbank in de zaak Peniwen). In de vijfde plaats de omstandigheid dat het onrecht heeft plaatsgehad in een periode die naar het oordeel van de rechtbank “nog niet is afgewikkeld”. De rechtbank rechtvaardigt haar oordeel dat ook de Staat nog geen streep onder deze periode in de geschiedenis heeft getrokken door de parallel te trekken met het verruimde restitutiebeleid met betrekking tot de claims van (nabestaanden van) overlevenden van de Tweede Wereldoorlog. Ten slotte is van belang dat bewijsproblemen – ter voorkoming waarvan de verjaring onder meer strekt – zich hier niet voordoen (althans niet in de zaak Rawagedeh en daaraan verwante zaken).

In de recente uitspraak waarin de Staat aansprakelijk werd gehouden voor de gevolgen van de gestelde foltering tijdens het verhoor van de eiser, keren deze omstandigheden terug. De rechtbank noemt als relevante omstandigheden voor haar oordeel dat het beroep op verjaring in strijd is met

⁷⁷ Van Swaay 2011.

⁷⁸ Veraart 2012, p. 254.

⁷⁹ Het betreft hier de doorbreking van de lange verjaringstermijn (vgl. Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:782 (*treinkaping De Punt*) (r.o. 4.86 – 4.118) voor een doorbreking van de korte verjaringstermijn).

⁸⁰ Veraart 2012, p. 254, waarmee natuurlijk niet de kritiek op gezichtspuntencatalogi in het algemeen is ondervangen (zie hierboven).

de goede trouw (oud recht was van toepassing) dat: (1) de vordering van de eiser betrekking heeft op door hemzelf gevorderde immateriële schadevergoeding voor gesteld psychisch leed (waarvoor geen aanspraak op vergoeding bestaat uit andere hoofde), (2) de gedragingen van de Nederlandse militairen zowel naar de huidige inzichten als volgens de toen geldende normen onder geen beding toelaatbaar en bovendien zeer ernstig waren, (3) de Staat moet hebben geweten van de ernstige misdragingen van Nederlandse militairen tussen 1946 en 1949 tegenover arrestanten en (krijgs)gevangenen, (4) de eiser – als de weduwen van Rawagedeh - verkeerde in een toestand die gekenmerkt werd door een gebrek aan toegang tot het recht, (5) de eiser binnen een redelijke termijn nadat hij op de hoogte kwam van de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen, daartoe is overgegaan, (6) deze vordering stamt uit een buitengewone periode in de Nederlandse rechtsgeschiedenis die nog niet als afgewikkeld kan worden beschouwd, en (7) de bewijsproblemen zich weliswaar voordoen, maar niet alleen de Staat raken maar ook de eiser zelf, (8) deze beoordeling van geval tot geval dient te geschieden, zodat noch reden is de doorbreking van de verjaring te beperken tot standrechtelijke executies, noch hoeft te worden gevreesd dat nu alle gedragingen van Nederlandse militairen in deze periode in rechte opnieuw aan de orde zullen worden gesteld.⁸¹

Vormen deze omstandigheden de bouwstenen voor een nieuwe gezichtspuntencatalogus voor de doorbreking van de verjaring in gevallen van historisch onrecht (naast gevallen van verborgen schade)? Die bouwstenen zijn dan: (1) het uitzonderlijke karakter van het onrecht, (2) de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven, (3) de bekendheid daarvan bij de veroorzaker van het onrecht (die desondanks is blijven stilzitten), (4) de feitelijke onmogelijkheid van de slachtoffers of hun nabestaanden om hun vordering eerder te gelde te maken (niet anders konden dan stilzitten), (5) de niet-voltooid collectieve (maatschappelijke) verwerking van het onrecht, en (6) het ontbreken van de bewijsproblemen die doorgaans met tijdsverloop gemoeid zijn (dan wel een niet-ongelijkwaardige verdeling van de bewijslast).

Een testcase voor deze gezichtspuntencatalogus wordt geboden door het verhaal van de vrouwen die tussen 1860 en 1973 tegen hun wil te werk zijn gesteld bij de Zusters van de Goede Herder. Onlangs was in het nieuws dat vijf vrouwen die als meisje jarenlang onbetaald moesten werken in rechte erkenning en uitbetaling van hun niet-ontvangen looneisen (gesteund door de lotgenotenorganisatie Vrouwenplatform Kerkelijk Kindermisbruik). Is hun vordering tegen de Rooms-Katholieke kerk verjaard - zoals deze aanvoert - of is dat verweer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?⁸² De geïdentificeerde gezichtspunten uit de Rawagedeh-jurisprudentie zijn ook hier relevant. Het onrecht is zowel uitzonderlijk door zijn schaal (15000 meisjes in Ierland, Frankrijk, België en Nederland), als door het veroorzaakte individuele leed (jarenlange gedwongen arbeid, soms gepaard met seksueel misbruik). Volgens de Zusters waren de zogeheten Magdalena-wasserijen “deel van de cultuur van die tijd”, maar al in 1903 werden de nonnen in Frankrijk tot schadevergoeding veroordeeld. De bekendheid bij de Zusters is een gegeven, evenals het onvermogen van de aan hen toevertrouwde meisjes om daar iets aan te doen. Voorts betreft het een periode in de geschiedenis die nog niet is afgesloten, getuige het onderzoek naar seksueel misbruik in de Katholieke kerk (de Commissie Deetman en het vervolg

⁸¹ Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702.

⁸² Zie het Commentaar van NRC op 24 mei 2018.

daarop). Bewijsperikelen lijken geen obstakel om de verjaring te doorbreken. Kortom, de gezichtspunten wijzen ook hier in de richting van doorbreking van de verjaring.

De doorbrekingsjurisprudentie is bevredigend voor het rechtsgevoel. In de gevals categorie van de verborgen schade stuit de verjaringsregeling op art. 6 EVRM; verjaring van de vordering blokkeert de toegang tot de rechter. In de gevals categorie van historisch onrecht, doemen andere zwaarwegende belangen op om de werking van verjaring te begrenzen. De verwerking van een nationaal trauma en de wens om (historische) gerechtigheid te realiseren verzetten zich tegen de verjaring van een vordering op grond van historisch onrecht. Veraart verwoordt het als volgt: “Daarbij is de grondgedachte dat een rechtsstatelijk rechtssysteem onrecht uit het verleden niet mag blijven negeren (en daarmee vergeten), wanneer het om statelijk onrecht gaat dat groepen mensen doelgericht van de bescherming van dat rechtssysteem heeft uitgesloten.”⁸³ Dat resulteert enerzijds in de erkenning van slachtofferschap, aldus Veraart, en anderzijds in de bijstelling van een vertekend historisch zelfbeeld.

Niettemin is er ook een keerzijde.⁸⁴ Hiervoor zagen we dat de regeling van de verjaring eveneens een publiek belang dient dat het partijbelang overstijgt, namelijk het belang van de rechtszekerheid: dat de feitelijke toestand een rechtstoestand representeert, dat duurzame maatschappelijke verwachtingen gelegitimeerd zijn, en dat de maatschappelijke orde en rust worden gerespecteerd. Bij de doorbreking van de verjaring in geval van historisch onrecht draait het derhalve uiteindelijk om de vraag welke van deze beide (publieke) belangen de doorslag geeft: het belang dat historisch onrecht niet vergeten wordt, of het belang van maatschappelijke orde en rust.⁸⁵ Dat biedt alvast een antwoord op de vraag waarom in geval van vorderingen die teruggaan tot het slavernijverleden de verjaring minder snel doorbroken wordt dan in geval van vorderingen die teruggaan tot de dekolonisatie (zie par. 1). Niet alleen omdat de eerste (veel) ouder zijn dan de laatste, maar ook omdat bij de eerste het belang van de rechtszekerheid meer gewicht toekomt. Toewijzing van vorderingen op grond van het slavernijverleden impliceert immers een zo ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen dat de maatschappelijke orde en rust in het geding komen. Dat is bij de Rawagedeh-jurisprudentie veel minder het geval.

5. De houdbaarheid van de verbintenis; de tijd en de onrechtmatige daad

Verjaring betreft de houdbaarheid van de vordering, niet die van de verbintenis. Ook al is de vordering verjaard, de verbintenis bestaat voort als een natuurlijke verbintenis (een niet-afdwingbare verbintenis).⁸⁶ De verbintenis is dus langer houdbaar dan de vordering. Daarvoor bestaat ook een goede reden: de praktische bewijsperikelen die de verjaring van de vordering rechtvaardigen beïnvloeden niet het bestaan van de onderliggende verbintenis. Maar hoe houdbaar is die onderliggende verbintenis eigenlijk? Hoe verhouden de vereisten voor aansprakelijkheid uit

⁸³ Veraart 2012, p. 259.

⁸⁴ Veraart 2012, p. 258.

⁸⁵ Waarbij dient te worden aangetekend dat het begrip ‘maatschappelijke orde en rust’ hier relatief is; voor de betrokkenen kan het als een soort tweede victimisatie worden ervaren.

⁸⁶ TM, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 917, *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, 5, p. 316. Zie over de zogenoemde ‘zwakke’ leer/werking van de verjaring” ook Lichtenauer 1932, p. 39, en Lichtenauer 1962, p. 12, 13.

onrechtmatige daad zich tot het verloop van de tijd – of omgekeerd – welk effect heeft tijdsverloop op de onrechtmatigheid, de causaliteit, de schade en de remedie?

A. Onrechtmatigheid toen en daar.....

Onrechtmatigheid is in beginsel tijdgebonden, in die zin dat zij wordt beoordeeld naar de op het moment van handelen geldende maatstaven. Een gedraging of nalaten is alleen dan onrechtmatig als het destijds als onrechtmatig werd beschouwd.⁸⁷ Indien ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden wettelijke regels ontbraken of onvoldoende waren uitgewerkt, zijn beslissend de destijds heersende maatschappelijke opvattingen. Wat moet er op dat moment binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesprokene behoort bekend worden gedacht?⁸⁸ De achterliggende reden voor deze historische onrechtmatigheidsmaatstaf is dat op het moment van handelen de toelaatbaarheid van dat handelen in beginsel kenbaar moet zijn, zodat de aangesprokene anders had kunnen (en moeten) handelen. Hoewel dit uitgangspunt in beginsel onomstreden is, is de toepassing niet onproblematisch. Immers, hoe beoordeelt de rechter de onrechtmatigheid van gedragingen uit het min of meer verre verleden? Zeker wanneer geschreven normen ontbreken, en het dus aankomt op de betekenis van het gedrag, is dat geen eenvoudige opgave. De rechter is geneigd aanknopingspunten te zoeken bij geschreven teksten, zoals wetgeving, beleidsnota's, of parlementaire stukken. In gevallen van gezondheids- en milieuschade verwijst de Hoge Raad nogal eens naar ontwikkelingen in de medische wetenschap, waarmee de werkgever destijds rekening had moeten houden. Zo oordeelde hij in 1998 in het Cijssouw II-arrest dat de werkgever al in 1949 de zorgplicht had om toe te zien op de naleving van de vereiste (ongeschreven) veiligheidsmaatregelen, ongeacht of naleving in vergelijkbare bedrijven toen gebruikelijk was. Van Boom en Barendrecht wijzen op het risico dat achteraf strengere normen worden toegepast dan toen werkelijk gangbaar waren.⁸⁹ Indien dat risico werkelijkheid wordt, verandert een gedragstoets in een impliciete risicotoedeling. Zij noemen het voorbeeld van tabaksschade; misschien was het in omloop brengen van tabaksproducten in (zeg) de jaren '60 van de vorige eeuw niet onbetamelijk, maar is het achteraf gezien niet redelijker de daardoor veroorzaakte gezondheidsschade voor rekening van de tabaksproducenten te laten komen dan voor die van de individuele benadeelde (gelet op de daarmee behaalde economische winst)? Een dergelijke aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatige gedragingen uit het verleden zou de voorspelbaarheid – en daarmee de rechtszekerheid en verzekerbaarheid – opofferen aan verdelende rechtvaardigheid, aldus Van Boom/Barendrecht. Wanneer het (veel) langer duurt voordat de

⁸⁷ HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721 (*Cijssouw II*): "(...) De vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen."

⁸⁸ HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147 (*Hertel/Van der Lugt*), HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103 (*Eternit/Horsting*), HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 (*SNS/Stichting*).

⁸⁹ Van Boom/Barendrecht 2001, p. 52 – 58.

risico's bekend worden – zoals bij asbest, milieugevaarlijke werkwijzen, borstprothesen en tabak – ligt (mede gelet op het massale karakter) een wettelijke oplossing misschien meer voor de hand.

In geval van historisch onrecht spelen vergelijkbare overwegingen. “Zoveel is mijns inziens duidelijk”, schrijft Spier, “bij historisch onrecht gaat het in elk geval om handelingen die destijds al als laakbaar werden bestempeld.”⁹⁰ In de Rawagedeh-zaak werd geoordeeld dat de onrechtmatigheid van de in december 1947 onder Nederlands gezag gepleegde executies (die overigens niet door de Staat werd betwist) ook naar toen geldende maatstaven onaanvaardbaar waren. Die onrechtmatigheid was derhalve niet de resultante van nadien gewijzigde inzichten, aldus de rechtbank. Dat oordeel wordt ondersteund door een VN-rapport uit januari 1948 dat die executies als “*deliberate and ruthless*” kwalificeerde. De horde van de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven kon hier dus vrij gemakkelijk worden genomen.⁹¹ Dat ligt anders in het geval van slavernij, dat immers voor 1865 legaal was, en derhalve niet onrechtmatig.⁹² Vanwege het evident verwerpelijke karakter van slavernij is het verleidelijk om onze opvattingen van nu te projecteren op het verleden. Spier waarschuwt tegen dit gevaar van ‘*hindsight bias*’. Het aansprakelijkheidsrecht is er niet voor bedoeld om handelen dat destijds niet slecht of afkeurenswaardig was, achteraf alsnog als onrechtmatig aan te merken. Dat zou in het geval van slavernij bovendien de absurde consequentie hebben dat de nabestaanden van slaven met succes een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen, terwijl die slaven zelf dat niet konden. Maar moeten we geen uitzondering maken voor schendingen van ‘*ius cogens*’, de harde kern van onvervreemdbare rechten? Spier voelt er niets voor:

*“Het is uitermate gevaarlijk om de geschiedenis te willen herschrijven. De gevolgen daarvan zouden ook hoogste willekeurigheid zijn (...). Als we aanvaarden dat de huidige inzichten over het verleden de norm worden voor het verleden, liggen lawines van procedures en schadevergoedingsclaims in het verschiet.”*⁹³

Wat er ook van zij van het “*floodgate argument*”, het argument dat de normen van nu niet met terugwerkende kracht mogen worden toegepast is in de Amerikaanse literatuur juist in het geval van slavernij betwist. De reden is dat de institutie van slavernij niet zozeer legaal was, maar eerder gebaseerd was op de afwezigheid van recht. Slaven misten immers een juridische status, zij waren beroofd van ‘*life, liberty, and property*’, niet meer dan objecten waarover de eigenaar naar believen kon beschikken. De definitie van slavernij impliceert nu juist dat de slaaf volledig is onderworpen aan de wil van een ander. De overheid is hier afwezig, het recht is niet van toepassing. Slavernij kan alleen bestaan in een juridisch en moreel vacuüm:

“Slavery should be treated not as an institution sanctioned by the law, but as a corruption or displacement of law. Law and slavery are, in essence, “universal complements”, in the sense that the one can exist only in a space where the other is absent. Hence, the only morally consistent

⁹⁰ Spier 2016, p. 10. Spier vertolkt hier kennelijk de opvatting dat andere gevallen van historisch onrecht – namelijk die waarin het handelen destijds niet onrechtmatig was – niet tot aansprakelijkheid zouden moeten leiden.

⁹¹ Dat geldt ook voor Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525.

⁹² Brophy 2003, p. 516, Brophy 2006, p. 113.

⁹³ Spier 2016, p. 19.

position that a state can take with respect to slavery is that it has never cohabited with that institution.”⁹⁴

In deze redenering is de toepassing van hedendaags recht op slavernij dan ook niet de vervanging van de normen van toen door de normen van nu; het betreft veeleer de (uiteindelijke) toepassing van recht in een destijds rechteloze situatie. Tegen deze redenering pleit dat dit subtiele onderscheid voor de gedaagde partij van nu weinig verschil maakt; hij wordt immers aangesproken op gedrag waarvan de ontoelaatbaarheid destijds niet of nauwelijks kenbaar was (hooguit in de nadagen van de slavernij). Dat maakt ons erop attent dat ook het vereiste van relativiteit problematisch is (art. 6:163 BW); zelfs als wordt aangenomen dat de verweten gedragingen destijds onrechtmatig waren, dan nog is de vraag of dit onrechtmatig is jegens de eisende partij van nu. In de woorden van de Amerikaanse rechter in de in de Inleiding aangehaalde zaak: “(...) the wrong to the Ancestor is not a wrong to the descendants.”⁹⁵

Hoe dat ook zij, de hiervoor geschetste redenering heeft wel een olievlekwerking. Er zijn ook minder extreme gevallen van vergaande feitelijke rechteloosheid en afhankelijkheid denkbaar dan slavernij, zoals bijvoorbeeld dwangarbeid. In die gevallen kan de notie van ‘ius cogens’ – anders dan Spier betoogt – wel degelijk bijdragen aan de legitimatie van het onrechtmatigheidsoordeel.⁹⁶ De gedaagde partij wordt aangesproken op gedrag waarvan hij had kunnen en moeten weten dat het een schending van fundamentele rechten inhield van mensen die zich in een positie van rechteloosheid en afhankelijkheid bevonden. In die gevallen kan voldoende grond bestaan om te concluderen tot aansprakelijkheid voor historisch onrecht, ook al was het desbetreffende gedrag destijds formeel-juridisch niet onrechtmatig.⁹⁷ De morele vraag is hier wie de lasten van morele vooruitgang draagt (zie hierna par. 6B). Onder de genoemde omstandigheden is het alleszins verdedigbaar dat die lasten moeten worden gedragen door degenen die geprofiteerd hebben van de voordelen van het immorele verleden (de gedachte van de restitutie van de opbrengsten van ongerechtvaardigde verrijking). Wanneer die situatie zich voordoet lijdt het uitgangspunt dat onrechtmatigheid tijdgebonden is, uitzondering; in de gevallen waarin het handelen of nalaten betreft in een context van vergaande afhankelijkheid en feitelijke rechteloosheid van de benadeelde kan ondanks het ontbreken van onrechtmatigheid achteraf niettemin tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd. Dat betekent dat in ernstige gevallen van historisch onrecht niet te snel moet worden geconcludeerd dat onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven ontbrak en dus geen grond voor aansprakelijkheid bestaat.⁹⁸

⁹⁴ Hylton 2004, p. 11, 12.

⁹⁵ U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 13 December 2006, In re African American Slave Descendants Litigation, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006), p. 6.

⁹⁶ Zoals het verbod op agressie, slavernij, kolonialisme, volkerenmoord, foltering, genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, het verbod op apartheid, internationale misdrijven, en schendingen van het zelfbeschikkingsrecht van volken (zie Schrijver 2016, p. 120, 121).

⁹⁷ Dit betreft derhalve de categorie van gevallen waarin het handelen destijds als rechtmatig werd beschouwd, maar ons achteraf met schaamte en afschuw vervult (zie par. 1).

⁹⁸ Daarbij kan een rol spelen welke remedie wordt geëist; in het geval schadevergoeding wordt gevorderd, is er reden de lat hogerte leggen dan wanneer het gaat om een meer symbolische remedie (wanneer de gevolgen minder ernstig zijn en minder individueel worden gedragen, volstaat een minder vergaande legitimatie).

Ik grijp terug op het voorbeeld van de vrouwen die tussen 1860 en 1973 tegen hun wil tewerk zijn gesteld bij de Zusters van de Goede Herder. Het gedrag van de kloosterorde wordt in beginsel beoordeeld naar de toen geldende maatstaven. Sommige gedragingen waren ook naar toen geldende maatstaven onrechtmatig, zoals bijvoorbeeld seksueel misbruik en verkrachting.⁹⁹ Over andere gedragingen is meer twijfel mogelijk; wanneer is nog sprake van goedbedoelde heropvoeding van wat toen heette ‘gevallen vrouwen’, en wanneer is ronduit sprake van dwangarbeid en uitbuiting? De jarenlange gedwongen tewerkstelling in wasserijen en naaiateliers vertoont zeker gelijkenis met slavernij (“wij waren niet meer dan slaven”, zegt een slachtoffer¹⁰⁰). Vrijheidsberoving, gedwongen (nagenoeg onbetaalde) arbeid, nauwelijks gelegenheid tot scholing, disciplinaire straffen; dit alles in een situatie van vergaande afhankelijkheid en feitelijke rechteloosheid. Hoewel de kloosterorde in een verklaring liet weten dat de wasserijen “deel van het systeem en de cultuur van die tijd” waren, is niettemin alleszins verdedigbaar dat deze gedwongen arbeid als onrechtmatig wordt beoordeeld. Gegeven de afhankelijkheid van de meisjes van de zusters aan wier zorgen zij waren toevertrouwd, hadden die zusters – ondanks “het systeem en de cultuur van die tijd” - anders kunnen en moeten handelen.

B. Causale verbanden met hier en nu.....

In geval van historisch onrecht is het vereiste van een causaal verband tussen het oorspronkelijke onrecht en actuele schade bijzonder problematisch.¹⁰¹ In algemene zin valt niet te ontkennen dat er verband bestaat tussen bijvoorbeeld slavernij en de actuele maatschappelijke achterstand van zwarte Amerikanen, maar het is geen sinecure om dat te vertalen in een juridisch kader. De schade staat in geval van historisch onrecht vaak in een te ver verwijderd verband van het onrecht, er is te veel gebeurd in de tussentijd. Voor een redelijke toerekening van gevolgen aan gedragingen missen we eenvoudigweg de kennis van de relevante genologische, causale en ‘*counterfactual*’ relaties.¹⁰² Niettemin kan worden geprobeerd om de problematiek van het relatief lange tijdsverloop conceptueel te verhelderen. Daartoe wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen drie verwante, maar verschillende soorten problemen, namelijk problemen (1) met betrekking tot de benadeelde (“*victim attenuation*”), (2) met betrekking tot de veroorzaker (“*wrongdoer attenuation*”), en (3) met betrekking tot de gedraging (“*act attenuation*”). Hoewel alleen de problemen met betrekking tot de gedraging (“*act attenuation*”) strikt genomen tot het causaliteitsvraagstuk gerekend kunnen worden, is het verhelderend ook de beide andere soorten problemen in deze context te noemen.

“These interrelated but distinct components correspond to a perceived lack of connection between deceased slaves and present claimants (victim attenuation), between slave beneficiaries (slave

⁹⁹ NRC 23 mei 2018, p. 4.

¹⁰⁰ NRC 23 mei 2018, p. 5.

¹⁰¹ Denkbaar is natuurlijk ook dat de schade toen is gevallen, maar de vordering nu pas wordt ingesteld.

¹⁰² Sher 1981, p. 4.

holders and governments) and modern citizens or governments (wrongdoer attenuation), and between the harmful acts of slavery and any present injury (act attenuation).”¹⁰³

Wanneer deze problemen cumuleren, lijkt een vordering gericht op herstel betrekkelijk kansloos.¹⁰⁴ Dat wordt geïllustreerd door de “*slavery reparations suits*”, maar ook door de rechtszaken van inheemse Amerikanen.¹⁰⁵ Herstelvorderingen lijken kansrijker in de mate waarin de bovenstaande problemen worden gereduceerd dan wel omzeild. De restitutie van roofkunst bijvoorbeeld is kansrijker indien ze wordt gevorderd *door* de erfgenamen van de oorspronkelijke eigenaren (dus geen “*victim attenuation*”), en wanneer zij wordt gevorderd *van* reeds lang bestaande overheden en privaatrechtelijke rechtspersonen (dus geen “*wrongdoer attenuation*”). De claims van Japanse Amerikanen werden ingesteld door of namens de gedetineerden zelf (dus geen “*victim attenuation*”). De zaak Rawagedeh vormt een andere illustratie. Zowel bij de eisers (de weduwen) als bij de gedaagde (de Staat) was voldoende continuïteit voor een succesvolle vordering. In de context van het beroep op verjaring vormde juist de grens tussen de weduwen en de kinderen voor de rechtbank bron van twijfel (in de zaak Rawagedeh alleen de weduwen, later ook de kinderen). Ten slotte vertoont ook de zaak van de vrouwen tegen de orde van de Zusters van de Goede Herder voldoende continuïteit om kansrijk te zijn (dezelfde slachtoffers, dezelfde Orde). Kortom, voldoende continuïteit tussen de benadeelden van toen en de eisers van nu enerzijds, en tussen de veroorzakers van toen en de gedaagden van nu anderzijds, vormt een belangrijke voorwaarde voor het succes van vorderingen op grond van historisch onrecht. Wat hier onder “voldoende” moet worden verstaan is niet in zijn algemeenheid te zeggen; erfrechtelijke betrekkingen constitueren continuïteit, evenals voortdurende rechtspersoonlijkheid, maar daarna wordt het al snel problematisch.¹⁰⁶

Wanneer wij vervolgens inzoomen op de causaliteitsperikelen (“*act attenuation*”), dan wordt historisch onrecht gekenmerkt door een relatief lange periode tussen de oorzaak en het gevolg. Vanwege die lange tussenperiode – die wordt gekenmerkt door niet-ontwarbaar netwerk van oorzaken en gevolgen – is het nog problematischer dan anders om gevolgen aan oorzaken toe te rekenen. Op het eerste gezicht kan dat misschien worden toegeschreven aan de vele situaties waarin het gevolg is ondergedetermineerd door de oorzaak, dan wel juist is overgedetermineerd.¹⁰⁷ Van ‘ondergedetermineerdheid’ is sprake indien de initiële gebeurtenis een noodzakelijke voorwaarde is voor de actuele schade, maar niet een voldoende voorwaarde. Van ‘overgedetermineerdheid’ is sprake indien de initiële gebeurtenis een voldoende voorwaarde is voor de actuele schade, maar niet een noodzakelijke voorwaarde. Zo zou men kunnen betogen dat het slavernijverleden een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde is voor de actuele achterstand van veel Amerikanen (getuige de vele succesvolle tegenvoorbeelden), of juist omgekeerd, dat het slavernijverleden juist een voldoende maar niet noodzakelijke voorwaarde is voor die achterstand (die er zonder het slavernijverleden ook zou hebben bestaan). Het debat rond

¹⁰³ Wenger 2006, p. 289, 290. Vergelijk hetgeen in paragraaf 1 is geschreven over de identificatie van de eiser en de gedaagde in ‘*slavery reparations suits*’.

¹⁰⁴ “(...) no case that suffered from all three kinds of attenuation has successfully proceeded to a successful resolution through trial or settlement” (Wenger 2006, p. 305).

¹⁰⁵ Buiten de context van verdragen die met afzonderlijke stammen zijn gesloten (Wenger 2006, p. 304).

¹⁰⁶ Zowel in juridische als in morele zin (Wenger 2006, p. 302, voetnoot 105). Zie ook Hylton 2004, p. 40.

¹⁰⁷ Wenger 2006, p. 291.

de “*slavery reparations*” laat zien dat beide verhalen daadwerkelijk worden verteld en, sterker nog, de Amerikaanse samenleving verdeeld hebben gehouden.¹⁰⁸ Wanneer duidelijk identificeerbare causale verbanden ontbreken – doordat de geïdentificeerde oorzaken en gevolgen abstracte gebeurtenissen zijn die in de tijd ver verwijderd zijn – hebben wij kennelijk verbindende verhalen nodig waarin die gebeurtenissen zin en betekenis krijgen (‘verklarende narratieven’).¹⁰⁹ Enerzijds zijn die verhalen nodig om op dit niveau van abstractie de relatie tussen het historisch onrecht en zijn actuele gevolgen te verklaren, anderzijds brengen zij het debat over de causaliteit van het historisch onrecht en zijn actuele gevolgen in moreel en politiek vaarwater.

Misschien is daarom vruchtbaarder om op een concreter niveau van beschrijving te zoeken naar handvatten voor causale toerekening.¹¹⁰ Daartoe kunnen herstellvorderingen als in de “*slavery reparations suits*” worden vergeleken met ‘gewone’ (letsel)massaschade waar in de kern de problematiek dezelfde is; er is een mogelijke verbinding tussen eisers en gedaagden, maar die is van onbepaalde aard. De toerekening van een bepaalde ziekte van de eisende partij aan een product van de gedaagde is een probleem met betrekking tot de gedraging (“*act attenuation*”). Het probleem van de identificatie van de veroorzaker in een markt van talloze producenten is een voorbeeld van “*wrongdoer attenuation*”, en de vereenzelviging van het leed van kinderen en kleinkinderen met de oorspronkelijke benadeelde is een oplossing voor “*victim attenuation*”.¹¹¹ Soms cumuleren deze problemen, zoals de DES-zaak illustreert. Omdat wij al langer geconfronteerd worden met de problemen van massaschade dan met die van historisch onrecht, zijn er in die context ook al oplossingen gevonden voor het probleem van onzekere causaliteit.¹¹² Zonder enige pretentie van volledigheid noem ik hier de leerstukken van de omkeringsregel (*res ipsa loquitur*), alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW), proportionele aansprakelijkheid, en het verlies van een kans.

Toepassing van deze leerstukken in de context van “slave reparations suits” kan bijdragen tot een (partiële) oplossing van de gesignaleerde problemen. Zo kan statistisch bewijs worden ingezet om aan te tonen dat afstammelingen van slaven als groep een kleinere kans maken op welvaart dan de gemiddelde bevolking, waaruit kan volgen dat zij zonder slavernij beter af zouden zijn geweest. Daarmee is het causale verband tussen het slavernijverleden van de individuele eiser en zijn economische schade versterkt (“act attenuation”). Evenzo kan het leerstuk van het verlies van een kans worden ingezet om het probleem te adresseren dat wij nooit weten of – in het geval de benadeelde slaven normaal zouden zijn betaald voor hun arbeid – de eiser daarvan zou hebben geprofiteerd (“victim attenuation”). Wat de eiser in ieder geval is ontnomen is de kans dat hij of zij daarvan zou hebben geprofiteerd. Ten slotte kan ook het probleem van “wrongdoer attenuation” worden benaderd met het leerstuk van alternatieve causaliteit. In de DES-zaak oordeelde de Hoge Raad dat art. 6:99 BW van toepassing is op de situatie waarin een groot aantal benadeelden schade heeft ondervonden van een medicijn dat door een groot aantal producenten

¹⁰⁸ Zie Brophy 2004 en Gross 2007.

¹⁰⁹ Zie MacCarthy 2004, p. 15 – 22.

¹¹⁰ Zie Wenger 2006, p. 306 – 326.

¹¹¹ ‘Affirmative action programs’ als remedie vereisen niet de identificatie van een individuele benadeelde.

¹¹² Voor een eerste overzicht verwijs ik naar Van 1995.

*in omloop is gebracht, terwijl niet is te achterhalen van welke producent het medicijn afkomstig was waardoor de individuele benadeelde schade leed.*¹¹³

De slotsom is dat het causaliteitsvereiste voor aansprakelijkheid in het geval van historisch onrecht problematisch is. Sinds de dagen van de initiële gebeurtenis (slavernij, genocide, of welk historisch onrecht dan ook) is er teveel gebeurd om op een eenvoudige manier gevolgen aan oorzaken toe te rekenen (“*act attenuation*”). De causale ketens zijn eenvoudigweg te lang en mede daarom moeilijk te identificeren.¹¹⁴ Bovendien is de continuïteit van de eisende partij en de benadeelde (“*victim attenuation*”) enerzijds, en die van de gedaagde en de veroorzaker (“*wrongdoer attenuation*”) anderzijds, in veel gevallen allerm minst vanzelfsprekend. Dat betekent dat een eerste vereiste voor het succes van vorderingen uit hoofde van historisch onrecht is de continuïteit van eiser en gedaagde, hetzij door afstamming of krachtens erfrecht, hetzij door rechtspersoonlijkheid (privaat- of publiekrechtelijk). Voorts is van belang om het onrecht en de schadelijke gevolgen in een causaal relevant verband te brengen, waarbij andermaal onzekerheid kan ontstaan over de vraag wie nu wie kan aanspreken (onzekere causaliteit). De instrumenten die zijn ontwikkeld in het kader van de aansprakelijkheid voor massaschade – de omkeringsregel, alternatieve causaliteit, proportionele aansprakelijkheid, en het verlies van een kans – kunnen hier goede diensten bewijzen. Deze mogelijkheden zijn nog nauwelijks verkend. Ten slotte kunnen oorzaak en gevolg ook worden ingebed in een verbindend verhaal (‘verklarend narratief’), waarin het onrecht, zijn culturele en maatschappelijke gevolgen in een samenhangend verband worden gebracht. Daarmee verliest de toerekening aan scherpte – de causale ketens worden vervangen door een causale deken – waardoor deze uitweg eerder geschikt lijkt voor meer symbolische remedies dan voor een vordering tot schadevergoeding (zoals een verklaring voor recht met een bepaalde inhoud). Ook voor een politieke oplossing lijkt dit een begaanbare weg om de causaliteitsproblemen het hoofd te bieden.

C. De schade en verder.....

Met de problemen rond causaliteit, is natuurlijk ook de schade in geval van historisch onrecht notoir problematisch.¹¹⁵ Welke actuele schade kan worden herleid tot het desbetreffende historisch onrecht? Is dat onrecht een ‘*condicio sine qua non*’ voor de actuele schade?¹¹⁶ Welke gevolgen zijn naar redelijkheid toerekenbaar (nog) aan dat onrecht? Wat is bijvoorbeeld de relatie tussen de maatschappelijke achterstand van veel zwarte Amerikanen enerzijds, en de slavernij en de daaropvolgende periode van juridische en feitelijke achterstelling anderzijds? Als bij de afschaffing van de slavernij iedere vrijgelaten slaaf de spreekwoordelijke “*forty acres and a mule*” was meegegeven, was er geen probleem geweest. Nu dat niet is gebeurd, rijst de vraag hoe de

¹¹³ HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994, 535 (*DES-dochters*).

¹¹⁴ Zie ook Hylton: “In the compensatory damages case that we considered earlier, the passage-of-time argument severely weakened the causation part of the plaintiff’s claim, because there were so many ways that the slave’s surplus labor could have been squandered or diverted to other uses over four, five, or six generations” (Hylton 2004, p. 46).

¹¹⁵ Brophy 2003, p. 505, Hylton 2004, p. 46.

¹¹⁶ Ook hier dient te worden onderscheiden van de situatie waarin de schade toen is gevallen, maar nu pas wordt gevorderd.

schade berekend kan worden. Kan die relatie worden geïdentificeerd op het niveau van een individuele benadeelde? En hoe dient de schade van de benadeelde dan te worden begroot? Epstein wijst op enkele van de notoire problemen bij individuele toerekening:

*“In the years since 1865 we have had at least seven generations, so that a direct descendant of a slave is 127 parts not slave descendant, unless there is another slave somewhere else in his or her line of ascent. The truncation worked by the statute of limitations prevents these reparations actions from lasting more than a single generation. To circumvent this problem, we have to contrive of some classwide payment that goes to no one in particular, but to entities who are said to represent these individuals. But at this point, why think of the claim as one of reparations when the program looks for more like some legislative initiative that does not have to observe the standard constraints of corrective justice, but simply has to command sufficient political support to pass.”*¹¹⁷

In deze lijn pleiten sommige schrijvers voor een collectivering van de schade, waarbij ‘schade’ als volgt wordt gedefinieerd:

*“1) the failure to pay for slave labor and the contributions of slaves to the building of this country, and 2) the presumption of inferiority, devaluation of self-esteem, and other emotional injuries, pain, and suffering, that resulted from the institution of slavery.”*¹¹⁸

Wat de eerste categorie schade betreft – de materiële schade – worden twee wijzen van begroting voorgesteld om het probleem te omzeilen dat geen causaal verband tussen een individuele veroorzaker en een individuele benadeelde kan worden gelegd (het probleem van “attenuation”).¹¹⁹ De eerste wijze van begroting berust op de vaststelling *welke afstammelingen* van slaven een opleiding zouden hebben gevolgd – zoals andere leden van de gemeenschap – en de veronderstelling dat al degenen die met hem of haar contact hebben gehad, daarvan zouden hebben geprofiteerd.¹²⁰ De tweede wijze van begroting berust op de aanname dat *een bepaald percentage* zwarte Amerikanen een opleiding zou hebben gevolgd (vergelijkbaar met dat van een controlegroep), en dat de op die grondslag becijferde compensatie wordt verdeeld over de groep.¹²¹ Bij de beide wijzen van begroting treedt een zekere mate van collectivering op, waarmee het probleem van “victim attenuation” wordt omzeild. In het eerste geval berust die collectivering op de olievlekwerking van de onrechtmatigheid¹²², in het laatste geval op een verrekening tussen maatschappelijke groepen op grond van statistische gemiddelden. De keerzijde is een vergelijkbare collectivering aan de zijde van de veroorzaker; de veroorzaker is niet uitsluitend de slaveneigenaar (of diens afstammelingen), maar omvat al diegenen die slavernij gefaciliteerd hebben dan wel

¹¹⁷ Epstein 2004, p. 1185, 1186.

¹¹⁸ Verdun 1993, p. 631, 632.

¹¹⁹ Beide berusten op de veronderstelling dat “Depriving a man of an equal education means that he has less education for the rest of his life and that his children are raised in a family with less education” (Verdun 1993, p. 644).

¹²⁰ Verdun 1993, p. 231, 232.

¹²¹ Verdun 1993, p. 643.

¹²² “Like branches of a tree, the injury to Florine Verdun is not only personal to her, but spreads to include those who come into contact with her, then to those who come in contact with those who come in contact with her, and so on. The injury is not an individual injury, but an injury that is experienced by the entire community or group” (Verdun 1993, p. 644).

daarvan geprofiteerd hebben, zoals handelaren, banken, autoriteiten, consumenten (en hun afstammelingen). De veroorzaker is dus niet de individuele afstammeling, maar de hele gemeenschap (dus ook geen probleem van “*wrongdoer attenuation*”).¹²³

Al vrij snel leidt dat tot voorstellen om grote bedragen over te hevelen van de ene bevolkingsgroep naar de andere.¹²⁴ Zo is becijferd dat compensatie van de niet-betaalde lonen in de orde van \$2 tot \$4 triljoen zal kosten. Daarbij doemen grote problemen op met betrekking tot de vraag wie gerechtigd is mee te delen respectievelijk verplicht mee te betalen, mede gelet op de veranderde samenstelling van de bevolking. Een andere mogelijkheid is om het volledige welvaartsverschil tussen het zwarte en witte deel van de hedendaagse Amerikaanse bevolking als een direct of indirect gevolg toe te schrijven aan het instituut van slavernij. Omdat de eerste groep 17% groter is dan de laatste, zou een vermogensverschuiving van 13% voldoen. Maar wanneer we de verschillen in inkomsten van de huidige generaties willen uitsluiten van de compensatie voor historisch onrecht – ongeveer 50% van het verschil in welvaart – volstaat de helft van 13%. Hoe fijnmaziger intergenerationele variatie wordt verdisconteerd, hoe ingewikkelder de rekensom wordt.¹²⁵ Heel realistisch is dit overigens allemaal niet, omdat: “Reparations combine two policies that have been wildly unpopular in American political culture: taxes and group preferences”.¹²⁶

Wat de laatste categorie schade betreft – de immateriële schade – lijkt collectivering van de schade zo mogelijk nog problematischer; zij raakt immers aan het thema van racisme, het gevoel van superioriteit dan wel inferioriteit dat lang na de afschaffing van de slavernij de maatschappelijke, sociale, economische en culturele verhoudingen in de VS mede heeft bepaald. Wie de schade geleden door racisme wil begroten, staat voor een ‘*mission impossible*’.¹²⁷

6. Compensatie, restitutie, satisfactie, of distributie?

De vraag naar het *wanneer* van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan niet worden beantwoord zonder inzicht in het antwoord op de vraag naar het *waarom*. De vraag naar het waarom versta ik dan als de vraag naar de morele of normatieve rechtvaardiging van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. Hoe past aansprakelijkheid voor historisch onrecht in de (morele of normatieve) grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht? Welke gezichtspunten kunnen de weg wijzen bij de interpretatie van de (onduidelijkheden rond) de vereisten voor aansprakelijkheid voor historisch onrecht? Hieronder zal blijken dat het antwoord op deze vraag

¹²³ “Society, through all of its consumers, producers, governments, laws, courts, and economic institutions, perpetrated and supported the institution of slavery (...) Because society perpetuated and benefitted from the institution of slavery, all of society must pay” (Verdun 1993, p. 637, 638). Een van de consequenties van een dergelijke collectieve afrekening is dat individuele betrokkenen tegelijkertijd als veroorzaker meebetalen aan herstel, en als benadeelde profiteren van dat herstel.

¹²⁴ Conley 2003, p. 80 – 91.

¹²⁵ Voor de economische problemen met betrekking tot de vaststelling van intergenerationele welvaart vgl. men Charles & Hurst 2001. Er is een correlatie tussen de welvaart van opvolgende generaties, maar de aard van die relatie is problematisch (Charles & Hurst 2001, p. 31).

¹²⁶ Conley 2003, p. 89.

¹²⁷ Ook hier speelt groepslidmaatschap een rol: “Group identity serves, in Verdun’s article as in much reparations scholarship, as proxy for evidence of discrimination” (Brophy 2003, p. 507).

afhankelijk is van het gekozen perspectief. De Amerikaanse literatuur laat zien dat de klassieke opvatting van het aansprakelijkheidsrecht als systeem en praktijk van corrigerende rechtvaardigheid niet meer dan een beperkte legitimatie biedt voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. Wanneer we een dergelijke op compensatie gerichte benadering echter verruilen voor een op restitutie of herstel gerichte benadering, dan blijkt de aansprakelijkheid voor historisch onrecht beter en gemakkelijker te legitimeren. Daarmee komt ook een andere rechtsgrond in beeld, namelijk aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking (in plaats van op grond van onrechtmatige daad). Zowel de compensatie van schade als de restitutie van voordelen kan de functie van de satisfactie of genoegdoening van de benadeelden dienen. Herstel van historisch onrecht komt ten slotte neer op een herverdeling van goederen of levenskansen en berust dan op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. In de mate waarin die herverdeling grootschaliger is wordt zij moeilijker te legitimeren. Bovendien ligt herstel dan meer op de weg van de wetgever via het publiekrecht dan op die van de rechter via het aansprakelijkheidsrecht. We raken hier verwijderd van de klassieke doelen van het aansprakelijkheidsrecht, zoals wij die kennen. Kortom, uiteindelijk is het de vraag waarvoor wij kiezen: compensatie, restitutie, satisfactie, of distributie?¹²⁸

A. Compensatie

De aanhangers van de klassieke notie van corrigerende rechtvaardigheid hebben grote moeite met aansprakelijkheid voor historisch onrecht.¹²⁹ In de kern genomen impliceert de notie van corrigerende rechtvaardigheid dat de benadeelde door de veroorzaker wordt gecompenseerd voor (de gevolgen van) het onrecht dat hem door deze is aangedaan. In het geval van historisch onrecht is het niet alleen de vraag of het onrecht dat de benadeelde is aangedaan wel identiek is aan dat waarvoor nu compensatie wordt gevraagd, bovendien is het de vraag of de eiser (van nu) wel kan worden geïdentificeerd met de benadeelde (van toen).¹³⁰ Zo heeft Jeremy Waldron betoogd dat onrecht in het verleden tot niet meer dan symbolische aanspraken in het heden kan leiden. Historisch onrecht kan worden ingehaald door de tijd en zich – door sociale en economische veranderingen – ontwikkelen tot een rechtvaardige status quo. In dat opzicht verschilt historisch onrecht van recent onrechtmatig gedrag waarvan de gevolgen nog steeds voortduren (zoals de diefstal van mijn auto vorige week).¹³¹ Historisch onrecht kan dan ook niet meer dan beperkt houdbare aanspraken rechtvaardigen. Daar komt nog bij dat het – door de tussenkomst van vele toevallige gebeurtenissen en intentionele gedragingen - principieel onmogelijk is te bepalen in

¹²⁸ Dat impliceert dat er niet een eenduidige legitimatie is voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht, zodat hier ook niet een eenduidig antwoord mag worden verwacht op de vraag hoe de grenzen in het aansprakelijkheidsrecht mogen/moeten worden getrokken. Wel beoogt deze paragraaf inzicht te verschaffen in het soort redenen dat aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan rechtvaardigen, alsook hun onderlinge samenhang.

¹²⁹ Tenzij men abstraheert van de identiteitsproblemen: “The principal moral intuition behind the idea of reparations is easy to grasp. If one agent has wrongfully harmed another, then the perpetrator has a *prima facie* moral obligation to repay, as far as possible, the damage to the victim (...). This is, of course, the intuition underlying the discourse of corrective or rectificatory justice from Aristotle to the present” (MacCarthy 2004, p. 752).

¹³⁰ Volgens Weinrib wordt corrigerende rechtvaardigheid gekenmerkt door de noties van correlativiteit en persoonlijkheid (Weinrib 2012, p. 15 – 29). Beide zijn onverenigbaar met aansprakelijkheid voor historisch onrecht.

¹³¹ Waldron 1992, p. 14, 24.

welke positie de eisers zouden hebben verkeerd indien het onrecht destijds niet had plaatsgevonden.¹³² Aanspraken op goederen en rechten brengen structuur in het bestaan van de gerechtigde, die er zijn leven en plannen op heeft gebaseerd. Dat gold voor de oorspronkelijk gerechtigden en voor degenen die thans in het bezit van die goederen en rechten zijn, maar niet voor degenen die thans het bezit ervan claimen op grond van historisch onrecht.¹³³ Het herstel van historisch onrecht is verleidelijk. Waarom zouden we de wereld niet meer willen laten lijken op de wereld zoals die er zonder onrecht zou hebben uitgezien? Toch moet aan die verleiding weerstand worden geboden, aldus Waldron, omdat zij in feite neerkomt op een herverdeling van goederen en rechten: “Reparation of historic injustice really is redistributive: it moves resources from one person to another”.¹³⁴

*Het standpunt dat de morele legitimatie van compensatie voor historisch onrecht met het verstrijken van de tijd afneemt, is eerder verdedigd door Sher. Zijn redenering is als volgt. Historisch onrecht beperkt de levenskansen van latere benadeelden. Het gebruik dat zij van die levenskansen zouden hebben gemaakt is evenwel mede afhankelijk van hun eigen omissies en gedragingen. Maar als dat zo is, dan hebben opeenvolgende generaties steeds minder aanspraak op compensatie, aangezien steeds meer individuele keuzes interfereren en in hun gevolgen cumuleren. Uiteindelijk is er weinig of niets meer te compenseren.*¹³⁵

*Stel dat een veelbelovende student op discriminatoire wijze wordt uitgesloten van studie aan een prestigieuze Law School. De student geeft het op en loopt een glansrijke carrière mis. Zijn kinderen groeien op in een middenstandsmilieu en missen daardoor eveneens de topcarrière die zij misschien zouden hebben gehad als hun vader die had gehad. Het nadeel dat opeenvolgende generaties lijden is daardoor mede het gevolg van de cumulatie van het eigen handelen van henzelf en hun voorouders.*¹³⁶ *De conclusie is dat aanspraken op compensatie voor historisch onrecht vervagen met het verstrijken van de tijd.*

Aan de andere zijde van het spectrum vinden wij de standpunten die wel een rechtvaardiging behelzen voor claims van nabestaanden. Daartoe worden in de literatuur twee redeneringen verdedigd. De eerste berust op de olievlekwerking van onrechtmatigheid (het ‘Broxill/Sher argument’), en de tweede op de bijzondere aard van familiebanden. Eerst het ‘Broxill/Sher argument’, dat een oplossing beoogt te bieden voor het ‘*non-identity problem*’: hoe kan iemand aanspraak hebben op compensatie voor historisch onrecht, zonder hetwelk hij of zij niet (eens) zou hebben bestaan? Historisch onrecht bepaalt namelijk niet alleen hoe het mensen vergaat, het

¹³² Wat zou er bijvoorbeeld gebeurd zijn als de rechtmatige eigenaar destijds niet onrechtmatig zou zijn onteigend? Het is mogelijk dat de eisers van nu daarvan de schadelijke gevolgen ondervinden. Maar het is ook mogelijk dat de eigenaar zijn goederen destijds zou hebben vergokt. Dat is afhankelijk van een keuze die hij in vrijheid zou hebben gemaakt. Daarom is de onzekerheid daarover niet slechts een epistemologisch probleem (we weten het niet), maar een principieel probleem (we kunnen het niet weten) (Waldron 1992, p. 9 – 11).

¹³³ Waldron 1992, p. 18, 19.

¹³⁴ Waldron 1992, p. 13.

¹³⁵ Sher 1981, p. 13.

¹³⁶ Sher 1981, p. 11 - 14.

bepaalt ook (tot op zekere hoogte) welke mensen bestaan.¹³⁷ Hoe gaan we daar mee om? Een van de oplossingen is een ‘vermenigvuldiging van de aansprakelijkheid’:

*“Transgressors owe their victims compensation for the harms they have suffered. When those victims have children, in many cases the transgressor commits a new injustice by failing to compensate the original victims for the earlier injustice. If a child has a right to parental support, a transgressor might wrong a child subsequently born to victims of an earlier injustice. The wrong compensable to the child would be the post-conception denial of commodities to which the child has a claim”.*¹³⁸

De redenering is dat de pleger van het initiële onrecht niet alleen onrechtmatig handelt jegens de direct benadeelden, maar ook jegens hun kinderen indien en voor zover hij weigert de gevolgen van dat onrecht te compenseren en die kinderen daardoor zorg wordt onthouden waarop zij recht hebben (jegens hun ouders).¹³⁹ Indien en voor zover de kinderen aanspraak hebben op verzorging jegens hun ouders, en daaraan door het initiële onrecht en de weigering dat te compenseren tekort wordt gedaan, ontstaat een nieuw recht van de kinderen jegens de oorspronkelijke pleger op grond van nieuw onrecht (bestaande in het niet-compenseren van de ouders).¹⁴⁰ Het bijzondere van deze redenering is dat zij herhaalbaar is ten aanzien van volgende generaties. Het nalaten de kinderen voor het nieuwe onrecht te compenseren kan weer een onrechtmatigheid opleveren jegens hun kinderen (de kleinkinderen van de directe benadeelden) enzovoort. In feite levert deze redenering dus de morele legitimatie voor aanspraken van een onbepaald aantal generaties, indien en voor zover aantoonbaar is dat zij schade leiden door de niet-naleving van de ouderlijke zorgplicht.¹⁴¹

In het verlengde hiervan berust de tweede legitimatie op de bijzondere aard van familiebanden. Zij gaat terug tot het werk van Rawls over “*justice as fairness*”, waarin familiebanden (ook tussen generaties) een speciale legitimatie bieden.¹⁴² Degenen die in de ‘*original position*’ principes van rechtvaardigheid kiezen doen dat namelijk niet als individu, maar als “*representatives of families*”:

“The parties are thought of as representing continuing lines of claims, as being so to speak deputies for a kind of everlasting moral agent or institution. They need not take into account its entire life span in perpetuity, but their goodwill stretches over at least two generations. Thus representatives from periods adjacent in time have overlapping interests. For example, we may think of the parties as heads of families, and therefore as having a desire to further the welfare of their nearest descendants. As representatives of families their interests are opposed as the circumstances of justice imply. It is not necessary to think of the parties as heads of families,

¹³⁷ “(...) injustices not only affects how people fare. It can also determine what people there are” (Thompson 2001, p. 117).

¹³⁸ Cohen 2008, p. 101.

¹³⁹ Cohen 2008, p. 81 – 92.

¹⁴⁰ Dit nieuwe recht ontstaat dus onafhankelijk van eventuele vererving van de aanspraken van de ouders op de pleger (Cohen 2008, p. 95).

¹⁴¹ “In this way, the Boxill/Sher argument can spun down generations” (Cohen 2008, p. 94). Cohen bespreekt daarbij de complicatie dat de kinderen daardoor beneden een minimum-welstandsniveau moeten leven, maar dat is voor de kern van de redenering niet van belang (Cohen 2008, p. 92 – 95).

¹⁴² Sommige schrijvers baseren de aansprakelijkheid voor historisch onrecht direct op ‘*justice as fairness*’; “Correcting this legacy of past injustice, making these wrongs right, so far as practically possible and morally permissible, seems clearly to be a moral-political requirement of justice as fairness” (MacCarthy 2004, p. 753).

although I shall generally follow this interpretation. What is essential is that each person in the original position should care about the well-being of some of those in the next generation, it being presumed that their concern is for different individuals in each case. Moreover for anyone in the next generation, there is someone who cares about him in the present generation. Thus the interests of all are looked after and, given the veil of ignorance, the whole strand is tied together.”¹⁴³

Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld of aan de intergenerationele dimensie van rechtvaardigheid niet tekort wordt gedaan door schrijvers als Waldron die de bewijslast voor wat er zonder het historisch onrecht zou zijn gebeurd, in feite bij de eisers neerleggen. Is het niet redelijker, mede gelet op de familiebanden tussen de benadeelden van toen en de eisers van nu, om de bewijslast bij de veroorzaker te leggen?

“From the perspective of representatives of family lines there is good reason to shift this burden from those who defend reparative claims to those who oppose them. This is most obviously so in those cases where descendants can claim an unconditional right to a family possession. What their forebears might have done with this possession if the injustice had not been done is of little or no relevance (...) Entitlements that result from expressions of love and concern intrinsic to family relationships ought to be regarded with great respect. A society that wants to protect and promote these relations should give the claims of descendants the benefit of the doubt.”¹⁴⁴

Maar ook dan rijst natuurlijk de vraag naar de begrenzing: hoeveel generaties verder legitimeert dit voordeel van de twijfel nog de aanspraken van nagelaten betrekkingen? Rawls en anderen suggereren (minstens) twee generaties; de zorgen van ouders over de gevolgen van onrecht dat hen is aangedaan reikt in het algemeen ook niet zoveel verder dan de kinderen en de kleinkinderen.¹⁴⁵ Dat suggereert dat daar een grens moet worden getrokken¹⁴⁶, maar er zijn uitzonderingen. Daartoe behoren natuurlijk in de eerste plaats erfrechtelijke aanspraken op specifieke voorwerpen. Vanuit dit perspectief moet echter ook voor aanspraken op grond van het slavernijverleden een uitzondering worden gemaakt, omdat slavernij een onrecht is dat direct tegen (het aangaan van) familiebanden is gericht:

“In the case of injustices against family lines the case can be made even when an injustice was committed a long time ago. A family line, as I have indicated, is not merely a succession of generations. A family, like a community, has a history - a narrative that connects past and present members and gives individuals a place and role in an intergenerational story of birth, death, marriage, family relationships, loss, and renewal.”¹⁴⁷

De slotsom tot zover is dat de aanhangers van de klassieke benadering van het aansprakelijkheidsrecht als het domein van corrigerende rechtvaardigheid, terughoudend zijn waar het de aansprakelijkheid voor historisch onrecht betreft. Schrijvers als Waldron zien enerzijds geen morele legitimatie voor aanspraken op grond van historisch onrecht – omdat die legitimatie

¹⁴³ Rawls 1971, p. 128, 129.

¹⁴⁴ Thompson 2001, p. 130.

¹⁴⁵ Maar Rawls spreekt ook van ‘deputies for a kind of everlasting moral agent or institution’.

¹⁴⁶ Thompson 2001, p. 132.

¹⁴⁷ Thompson 2001, p. 133, 134. Zie over de relatie tussen slavernij familiebanden als een van de met slavernij verbonden ‘social torts’ ook Hylton 2004, p. 17 – 34.

afneemt met het verloop van de tijd - en wijzen anderzijds op de onoverkomelijk geachte problemen voor de beoordeling van dergelijke aanspraken. Die benadering heeft niettemin ook kritiek uitgelokt, zoals wij zagen. Waldron vindt schrijvers op zijn pad die wel ruimte zien voor aansprakelijkheid op grond van historisch onrecht jegens kinderen en verdere generaties, hetzij via de olievlekwerking van de onrechtmatigheid (het “Broxill/Sher argument”), hetzij via de bijzondere aard van familiebanden (in de lijn van Rawls).

B. Restitutie

De aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan ook worden gebaseerd op de restitutie van de voordelen (“*the unjust enrichment model*”), naast de hiervoor besproken compensatie van de benadeelden (“*the torts model*”). Voor een succesvolle vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de ene partij is verrijkt ten koste van de andere partij en dat de verrijking een redelijke grond miste (art. 6:212 BW). De vordering strekt tot restitutie van de genoten voordelen en wordt dan ook begrensd door zowel de verrijking, de verarming, als de redelijkheid. Later opgetreden verminderingen die niet aan de verrijkte partij kunnen worden toegerekend, blijven buiten beschouwing (lid 2). Hetzelfde geldt voor verminderingen die plaatsvonden in een periode waarin deze met restitutie geen rekening hoefde te houden (lid 3). Het beginsel van restitutie is bovendien aan de orde in de context van de winstafdracht (art. 6:104 BW), waardoor het bereik van de beginselen van compensatie en restitutie elkaar overlappen.¹⁴⁸ In al deze gevallen staat de restitutie van het genoten voordeel voorop¹⁴⁹, en niet de compensatie van het geleden nadeel.¹⁵⁰

In de VS zijn daadwerkelijk restitutievorderingen voor verrichte slavenarbeid ingesteld (zoals in de zaak die in de Inleiding is aangehaald). De vordering tot restitutie van genoten winst is hoger dan die tot vergoeding van onbetaalde arbeid: “Under a restitution theory, the slaveholder would be asked to return to his victim the gain or profit he enjoyed as a result of slavery. This would lead to a larger damage claim than one based on unpaid wages. For example, if the value of an hour of the slave’s work to the slaveholder was \$20, and the slaveholder paid the slave (in terms of food and housing) \$10, then a claim for unpaid wages might lead to a damage award equal to the difference between the wage that would have been paid and the \$10 actually paid. If the wage that would have been paid is \$14, then the damage award would be equal to \$4 multiplied by the number of hours. A claim for restitution, however, would lead to a damage award equal to \$10 multiplied by the number of hours” (Hylton 2004, p. 42).

De discussie over de restitutie van ongerechtvaardigde voordelen uit historisch onrecht is veelomvattend en uitgebreid, zelfs wanneer zij ons beperken tot de context van de “*slavery reparations suits*”. Zij strekt zich uit van de processuele en doctrinaire aspecten van herstellvorderingen tot de morele legitimatie die het beginsel van restitutie kan bieden in vergelijking met compensatie. Wat de processuele en doctrinaire aspecten betreft, lijken

¹⁴⁸ ‘Restitutie’ is daarom eerder een maatstaf dan een rechtsgrond (Brophy 2006, p. 113).

¹⁴⁹ Restitutie te verstaan als principe en maatstaf voor herstel, in de context van welke rechtsgrond dan ook.

¹⁵⁰ “In essence, the difference is between the harm to one person and the benefit to the other. Harm is almost always greater than benefit” (Brophy 2006, p. 104, Brophy 2003, p. 514 - 523).

vorderingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor de eisers op het eerste gezicht voordelen te bieden boven vorderingen uit onrechtmatige daad. De inzet van een procedure is immers of de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser, ongeacht de schade van de eiser en de onrechtmatigheid van het handelen van de gedaagde. Bij nader inzien rijzen echter vergelijkbare problemen als eerder in de context van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (zie in par. 5). Is deze gedaagde wel verrijkt ten koste van deze eiser? Wat zou er zijn gebeurd met de vruchten van de arbeid van de voorouders van de eiser als die wel zouden zijn beloond? Zouden zij dan tot het vermogen van eiser (zijn gaan) behoren? En zijn zij – nu dat niet is gebeurd – wel in het vermogen van de gedaagde beland? En als daadwerkelijk zo'n vermogensverschuiving is opgetreden, is die dan wel ongerechtvaardigd geweest, gelet op de omstandigheid dat slavernij destijds een aanvaard instituut was?¹⁵¹

Brophy is een van de auteurs die bereid lijkt deze horden te nemen. Hij noemt in de eerste plaats de situaties waarin het om concrete goederen gaat. Wanneer door slavenarbeid een plantagewoning is gebouwd die er nog steeds staat, is restitutie van het resultaat van de ongerechtvaardigde verrijking gerechtvaardigd, ook wanneer de woning door erfopvolging of verkoop in andere handen is gekomen.¹⁵² Voorts noemt hij de mogelijkheid van een claim tussen opeenvolgende generaties. Die mogelijkheid doet zich voor indien de gedaagde ongerechtvaardigd voordelen heeft genoten waarover hij nog steeds beschikt. Denkbaar is ook dat de voordelen worden teruggevorderd door de afstammelingen van een slaaf op grond van diens arbeid, dan wel op grond van door henzelf gemiste levenskansen.¹⁵³

In de VS heeft de actie uit ongerechtvaardigde verrijking zich in een toenemende populariteit mogen verheugen bij het claimen van massaschade (*“massive historical wrongdoing”*). Vanaf 1996 werd een reeks *“class actions”* geïnitieerd door overlevenden van de Holocaust tegen enkele Zwitserse banken voor de verduistering van de tegoeden van ‘slapende bankrekeningen’, het witwassen van de opbrengsten van door Nazi's gestolen goederen, en het handelen in de winsten uit verrichte dwangarbeid.¹⁵⁴ Gevorderd werd onder meer de restitutie van ongerechtvaardigd genoten voordelen. De zaken werden in 1998 geschikt voor een bedrag van \$1,25 miljard.¹⁵⁵ In 1999 werden vergelijkbare vorderingen ingesteld tegen andere bedrijven die hadden geprofiteerd van dwangarbeid tijdens de oorlog, eerst in de zaak tegen Ford Motor Company en zijn Duitse counterpart¹⁵⁶, later gevolgd door 56 andere zaken in verschillende staten.¹⁵⁷ Vervolgens werd vanaf 1994 in een heel ander domein een reeks vorderingen ingesteld door uiteindelijk 46 staten tegen de tabaksindustrie voor de restitutie van de voordelen waarmee de bedrijfstak ongerechtvaardigd was verrijkt. Die verrijking zou schuilen in de gezondheidskosten die de

¹⁵¹ Zie Sherwin 2004, p. 1447 – 1454.

¹⁵² Brophy 2006, p. 114.

¹⁵³ Brophy noemt de volgende gevallen. (Brophy 2006, p. 114).

¹⁵⁴ In re Holocaust Victim Assets Litig. 105 F. Supp. 2d 139, 141 (E.D.N.Y. 2000).

¹⁵⁵ Over de schikking zei Ernest Lobet (een van de overlevenden): “I have no quarrel with the settlement. I do not say it is fair, because fairness is a relative term. No amount of money can possibly be fair under those circumstances, but I’m quite sure it is the very best that could be done by the groups that negotiated for the settlement. The world is not perfect and the people that negotiated I’m sure tried their very best, and I think they deserve our cooperation and...that they be supported and the settlement be approved”.

¹⁵⁶ Iwanowa e.a. v. Ford Motor Co./Ford Werke A.G., 67 F.Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999).

¹⁵⁷ Deze zaken werden in 1999 door de Duitse regering geschikt voort DM 10 miljard.

overheid heeft gedragen, maar die eigenlijk voor rekening van de bedrijfstak hadden moeten komen.¹⁵⁸ Kenmerkend voor al deze “*mass restitution claims*” is dat zij worden ingesteld tegen een private partij (bank of bedrijf) voor het financiële equivalent van eigendom of arbeid, zonder redelijke grond genoten van een grote groep benadeelden. Daarmee verschuift de focus van de schade die aan de benadeelden is toegebracht naar de voordelen die de aangesproken partij heeft genoten (door gemaakte winst, uitgespaarde kosten, of beide).

In deze lijn werd ook in de zaak waaraan in de Inleiding werd gerefereerd, onder meer de restitutie van de genoten voordelen uit slavenarbeid tot inzet van de procedure gemaakt. De vordering van “*restitutionary damages*” in plaats van “*compensatory damages*” in “*mass restitution cases*” is evenwel niet onweersproken gebleven. De kern van de kritiek is dat de ‘*framing*’ van de vordering als ongerechtvaardigde verrijking het zicht beneemt op het werkelijke onrecht.¹⁵⁹ Daarmee wordt niet zozeer bedoeld op de omstandigheid dat de genoemde zaken in schikkingen zijn geëindigd - waardoor de verantwoordelijkheid nooit precies is vastgesteld - maar op het feit dat onduidelijk is gebleven welke normen precies zijn geschonden. Slavernij kan natuurlijk worden gezien als dwangarbeid zonder betaling, maar dat lijkt een wel heel sterke verschraling van wat er werkelijk mis is aan slavernij (als een van de ernstigste schendingen van de mensenrechten). De focus op de restitutie van de genoten voordelen leidt ofwel tot de reductie van slavernij tot een economisch proces (terwijl het bovenal een juridisch en moreel onrecht is), ofwel laat in het midden welke rechtsnormen of morele normen geschonden zijn (namelijk fundamentele mensenrechten). In beide gevallen schiet de restitutie-benadering als morele legitimatie voor aansprakelijkheid tekort.

*“A claim for unjust enrichment from slavery measures the wrongful taking from the slave entirely by the slave’s labor-value, and so suggests a rhetoric of complete commodification. The risk, therefore, in responding to slavery through the lens of unjust enrichment is that it fails to offer a legal characterization of the wrong that occurs when the non-commodifiable aspect of labor is violated”*¹⁶⁰

Deze kritiek heeft weer repliek uitgelokt van de aanhangers van de restitutiegedachte. Daaruit blijkt dat restitutie als morele grondslag voor vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking op (minstens) twee manieren wordt verdedigd. De eerste verdedigingslinie is dat de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wel degelijk wordt gerechtvaardigd door een “*non-commodifiable aspect of labour*”, namelijk door de aantasting van de autonomie van de benadeelde om over zijn of haar arbeid te beschikken. Restitutie gaat niet alleen over geld, zo luidt deze redenering; met en door de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wordt de autonomie van de benadeelde gehandhaafd en versterkt.¹⁶¹ De tweede verdedigingslinie is dat de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wordt gerechtvaardigd door haar preventieve werking. De restitutie van ten

¹⁵⁸ Ook deze zaken zijn uiteindelijk voor grote bedragen geschikt: Mississippi in 1997 voor \$3,3 miljard, Florida in 1997 voor \$11,3 miljard, Texas in 1998 voor \$15,3 miljard, Minnesota voor \$6,1 miljard, en de resterende staten voor \$206 miljard.

¹⁵⁹ Sebok 2004, p. 1 – 38.

¹⁶⁰ Sebok 2004, p. 26.

¹⁶¹ Dagan 2004, p. 10 – 14. Deze redenering wordt wat lastiger vol te houden indien de eisers afstammelingen van de benadeelde zijn; in dat geval is restitutie gerechtvaardigd indien (en in de mate waarin) zij is te beschouwen als “a vindication of an infringed right that continuously devastates their own dignity” (Dagan 2004, p. 25).

onrechte genoten voordelen is gerechtvaardigd indien de daaraan ten grondslag liggende gedragingen moeten worden voorkomen omdat zij onwenselijk zijn. Tot de gedragingen die geen sociaal nut opleveren behoren bijvoorbeeld “*market-bypassing*” (de gedwongen overdracht van diensten of goederen die door een vrijwillige transactie overgedragen had kunnen worden) en “*unambiguously-socially-undesirable conduct*” (gedrag dat hoge lasten meebrengt, en nauwelijks of geen baten).¹⁶²

In geval van slavernij leveren beide redeneringen een toereikende morele rechtvaardiging op voor de restitutie van de daaruit genoten voordelen. In de eerste plaats betekende slavernij de meest vergaande aantasting van de autonomie van betrokkenen om zelf over hun arbeid te beschikken. Bovendien kan slavernij worden beschouwd als de ultieme ‘market-bypassing’ en (in ieder geval naar huidige maatstaven) bij uitstek een voorbeeld van “unambiguously-socially-undesirable conduct”. Deze legitimaties lijken ook van toepassing te zijn op (andere) situaties van dwangarbeid, zoals de eerder genoemde casus van de Zusters van de Goede Herder, zodat ook in die gevallen de restitutie van de genoten voordelen gelegitimeerd zou zijn (naast de compensatie van toegebrachte schade).

De slotsom is dat restitutie een alternatieve legitimatie biedt voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. In vergelijking met compensatie lijkt restitutie op het eerste gezicht voor de eisende partij voordelen te bieden: onrechtmatigheid en schade zijn immers niet vereist, en de gevolgen zijn ingrijpender (de genoten voordelen overtreffen meestal de geleden schade). Bij nader inzien valt dat misschien toch tegen; niet alleen kan de vaststelling van de verrijking problematisch zijn, bovendien is de rechtsgrond onduidelijk, en is het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking niet vanzelfsprekend. Slavernij bijvoorbeeld, was destijds een geaccepteerd instituut. In lijn met de redenering over de onrechtmatigheid (zie onder 4A), is wel verdedigd dat het onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd is om de lasten van morele vooruitgang te laten dragen door degenen die hebben geprofiteerd van het immorele verleden.¹⁶³ Als die gedachte hout snijdt, dan is de restitutie van genoten voordelen een passend en gelegitimeerd instrument. Vanuit een macro-perspectief mist restitutie evenwel de normatieve kracht van compensatie; waar de vaststelling van de onrechtmatigheid een normstellende functie dient – doordat daarmee gegeven is welke (al dan niet geschreven) norm is geschonden – blijft de normatieve kracht van restitutie beperkt tot algemeenheden (zoals de autonomie van de benadeelde, of de preventieve werking van de restitutie).¹⁶⁴ De besproken “*mass restitution cases*” illustreren deze beperking.

Ten slotte leidt het discours over historisch onrecht in termen van verrijking tot ongemakkelijke discussies over de “(historische) schuld” van de huidige generatie ten opzichte van vroegere generaties, en van de bewoners van de ene regio (land) ten opzichte van de andere regio’s (landen). Is de schuld jegens degenen die aan slavernij werden onderworpen (of hun nabestaanden) goed te maken? Hoe is die schuld ooit te berekenen, en hoe zijn eventuele tegenprestaties te verrekenen? Is de historische schuld aan het zwarte deel van de Amerikaanse bevolking ingelost door de kosten van de Burgeroorlog die aan de slavernij een einde heeft

¹⁶² Hylton 2004, p. 43, 44.

¹⁶³ Dagan 2004, p. 27.

¹⁶⁴ Zie Sebok 2004, p. 27 – 38.

gemaakt? Maar hoe kijken we dan aan tegen de opbrengsten van die oorlog, in termen van economische groei? En wat is het effect op deze rekensom van eerdere betalingen, in het kader van de 'Great Society', 'New Deal', en programma's van 'affirmative action'? Nog ongemakkelijker wordt de discussie wanneer het argument wordt ingebracht dat ook voordelen moeten worden toegerekend aan de benadeelde partij; heeft slavernij ook iets opgebracht?'¹⁶⁵ Voor een deel wordt het ongemak veroorzaakt door de economisering van het slavernijverleden, die hierboven reeds aan de orde was. Maar voor een ander deel betreft het de algemenere vraag of bij historisch onrecht van deze schaal en betekenis ooit genoegdoening mogelijk is.

C. Satisfactie

Satisfactie of genoegdoening wordt algemeen erkend als een van de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Het begrip 'genoegdoening' bestrijkt niettemin een breed spectrum van het tegemoet komen aan de gekrenkte of geschokte gevoelens van de benadeelde, tot het herstel van wat in het strafrecht wel genoemd wordt de 'geschokte rechtsorde'.¹⁶⁶ 'Genoegdoening' kan daarom zowel op individueel niveau worden gesitueerd (als tegemoetkoming aan het slachtoffer) als op maatschappelijk niveau (als herstel van de rechtsorde). Bovendien kan het begrip in psychologische zin worden verstaan (als het helen van emoties), als in morele zin (als het herstel van geschonden waarden). In de discussie over deze functie van het recht lopen deze betekenissen nogal eens doorheen: enerzijds het tegemoetkomen aan de gevoelens van krenking van het individuele slachtoffer, en anderzijds het herstel van heersende morele waarden. Het is goed om bij de discussie over deze functie van het aansprakelijkheidsrecht beide betekenissen uit elkaar te houden, temeer omdat de beide belangen niet altijd met elkaar stroken. Het is heel goed denkbaar dat er goede redenen zijn om met de gekrenkte gevoelens van het slachtoffer rekening te houden, terwijl niettemin heersende morele waarden tot terughoudendheid nopen. Of anders gezegd, de grenzeloze identificatie met het slachtoffer kan leiden tot de aantasting van fundamentele rechtsstatelijke waarden (met name in het strafrecht).¹⁶⁷

Met de aansprakelijkheid voor historisch onrecht zijn verschillende functies gediend. Eerder zijn de volgende (immateriële) functies genoemd: de mogelijkheid van 'storytelling', waarheidsvinding, openbaarheid, verantwoordingsprocessen, erkenning door de rechter, 'case by case' rechtsvorming, en de overbrugging van maatschappelijke tegenstellingen. Daarnaast kan civielrechtelijke schadevergoeding deel uitmaken van een breder spectrum aan remedies om met het verleden in het reine te komen, zoals het verrichten van historisch onderzoek, het maken van excuses, strafrechtelijke vervolging, maatschappelijke erkenning en politieke verzoening (zie par. 2). Genoegdoening is zeker een van de functies die in het geding is, zoals blijkt uit de recent opgelaaide discussie over ons eigen slavernijverleden. De regering heeft wel slavernij veroordeeld en berouw getoond, maar wil geen "formele excuses" maken. Voor veel afstammelingen van slaven biedt dit onvoldoende genoegdoening, zowel in psychologische zin (heling van gekrenkte gevoelens) als in morele zin (herstel van waarden als het anti-discriminatiebeginsel). Op het

¹⁶⁵ Brophy 2006, p. 109 – 114.

¹⁶⁶ Zie Cleiren 2003, p. 35 - 55.

¹⁶⁷ Zie Zijdeveld 2003, p. 12 – 14.

niveau van de samenleving als geheel spelen vergelijkbare kwesties in de vorm van sociaal-psychologische processen (zoals in het reine komen met het verleden), en in de vorm van herstel van waarden (zoals insluiting en gelijkheid).

In het aansprakelijkheidsrecht is de genoegdoening voor de benadeelde doorgaans een neveneffect waaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden. Du Perron wijst erop dat dit evenzeer geldt voor de andere functies van het aansprakelijkheidsrecht, zoals preventie, rechtshandhaving, of zelfs bestraffing. Zolang deze functies ‘meelopen’ met de verplichting tot het betalen van schadevergoeding, en geen zelfstandige rechtsgevolgen vereisen, is er niets aan de hand.¹⁶⁸ “Interessant wordt het pas als de compensatiefunctie en de andere functies niet meer (geheel) samengaan”, aldus Du Perron, dat wil zeggen wanneer het recht op compensatie geen recht of onvoldoende genoegdoening oplevert, dan wel wanneer geen recht op compensatie bestaat en derhalve ook geen genoegdoening.¹⁶⁹

Compensatie zonder genoegdoening doet zich onder meer voor in de gevallen waarin aan het recht op compensatie geen onrecht ten grondslag ligt, maar de wens om maatschappelijke risico's te spreiden (vormen van risico-aansprakelijkheid), en in de gevallen waarin het recht op compensatie een lege huls biedt omdat de wederpartij geen verhaal biedt. Geen recht op compensatie – en dus ook geen genoegdoening – bestaat in de situatie waarin wel schade wordt geleden, maar geen recht op compensatie bestaat (zoals bij immateriële schade buiten de in art. 6:106 BW geregelde gevallen). Ten slotte zijn er de gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht geen recht op schadevergoeding biedt, maar niettemin reële individuele en maatschappelijke behoeften bestaan aan genoegdoening. Daarbij moet overigens onderscheid worden gemaakt tussen de belangen die worden beschermd (vermogensrechtelijke versus andere belangen), en de remedies die worden geboden (schadevergoeding versus niet-financiële remedies).

Genoegdoening kan niet alleen ‘meelopen’ met de compensatiefunctie, maar ook met de restitutiefunctie. Het herstel van een situatie van ongerechtvaardigde verrijking kan genoegdoening bieden aan degene ten behoeve van wie dat herstel plaatsvindt. Bij de genoegdoening die herstel van ongerechtvaardigde verrijking biedt kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. In de eerste plaats kan worden betoogd dat het beginsel waarop restitutie berust – de preventie van ongerechtvaardigde verrijking – de morele kracht mist om controversiële maatschappelijke kwesties over morele rechten en plichten op te lossen. De reden is dat ongerechtvaardigde verrijking – doordat het niet aanknoopt bij de schade van de benadeelde, maar bij de voordelen van de verrijkte – berust op gevoelens van wraak die niet passen in een gevoelige maatschappelijke kwestie als historisch onrecht. De genoegdoening van de benadeelde bestaat immers niet alleen in de satisfactie over het herstel van wat hem ten onrechte is ontnomen, maar ook en vooral over de ontneming van degene die ten onrechte is bevoordeeld. Compensatie is immers gericht op herstel van de eigen positie, restitutie op verzwakking van de positie van de wederpartij.¹⁷⁰ Vanuit moreel gezichtspunt is restitutie minder aantrekkelijk dan compensatie. In

¹⁶⁸ Zij het dat zij in die gevallen wel een morele legitimatie bieden voor aansprakelijkheid.

¹⁶⁹ Du Perron 2003, p. 109, 110.

¹⁷⁰ Meer precies dient te worden onderscheiden tussen ‘compensation’ (gericht op herstel in de eigen positie), ‘retribution’ (gericht op leedtoevoeging op grond van morele verontwaardiging), en ‘retaliation’ (gericht op herstel van de gelijkheid door ontneming) (Sherwin 2004, p. 1456 – 1458).

de eerste plaats omdat aan de zijde van de aangesproken partij diens verantwoordelijkheid wordt vervangen door de door hem of haar genoten voordelen (zie par. 5B). Maar bovendien omdat de doelstelling competitief is (een vergelijking tussen het vermogen van beide partijen), en de middelen negatief zijn (ontneming in plaats van herstel).¹⁷¹ “In other words, the notion of unjust enrichment is a comparative idea that draws on resentment and the desire for retaliation, rather than the desire to be made whole (...) For this reason, restitution seems out of place in a major public controversy, such as the debate on slavery reparations.”¹⁷²

*De morele legitimatie van restitutie is om genoemde redenen zwakker dan die van compensatie. Dit wordt geïllustreerd door “slavery reparations suits” op grond van een vordering van personen of organisaties die zelf geen slachtoffer zijn (geweest) van slavernij, tegen (rechts)personen die zelf geen veroorzaker zijn van de schade uit slavernij. “Thus, we have a very significant harm, but not one suffered by the claimants personally. We have a gain, but not one that matches the loss. We have a wrong, but the parties who will bear the costs of judgment are not the wrongdoers.”*¹⁷³

De slotsom is dat genoegdoening traditioneel een neveneffect is waaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden. De functie van genoegdoening speelt op individueel en maatschappelijk niveau, zowel in psychologische als in morele zin. In gevallen van historisch onrecht kunnen benadeelden genoegdoening ontleen aan de vaststelling van aansprakelijkheid met de daaraan verbonden remedies. Afgezien van directe voordelen door financiële compensatie van geleden schade, kunnen de voordelen van waarheidsvinding, het afleggen van verantwoording, en de erkenning door de rechter van gebeurtenissen die historisch onrecht opleveren, bijdragen aan de genoegdoening van de benadeelden (in psychologische zin) en de bevestiging van de waarden die constitutief zijn voor hun zelfbeeld (in morele zin). Op het niveau van de samenleving als geheel impliceert de aansprakelijkheid voor historisch onrecht de erkenning van het leed dat de slachtoffers destijds is aangedaan en daarmee aan een beter inzicht in de samenleving van haar eigen geschiedenis, en daarmee aan een steviger fundering van de waarden waarop zij berust (in morele zin). Genuegdoening kan aan de verschillende remedies van het aansprakelijkheidsrecht zijn verbonden, waaronder de compensatie van geleden schade en de restitutie van ten onrechte genoten voordelen. In het laatste geval is zal de genoegdoening waarschijnlijk groter zijn, maar minder sterk gelegitimeerd. Ten slotte kan de genoegdoening evenzeer gediend zijn met symbolische remedies (zoals een verklaring voor recht of aansprakelijkheid voor een symbolisch bedrag), eventueel ingebed in een pakket van niet-juridische symbolische maatregelen (zoals publieke excuses, herdenkingen, musea en voorstellingen, herzien onderwijsmateriaal, et cetera).¹⁷⁴ In die gevallen is genoegdoening niet meer het beperkte neveneffect, maar veeleer het hoofddoel van aansprakelijkheid. Juist in gevallen van historisch onrecht speelt het verlangen naar

¹⁷¹ “Ethically, retaliation is less attractive than a claim to compensation because the objective is competitive and the means are destructive. Inflicting a retaliatory harm may give the victim a sense of satisfaction, but it does not enable the victim to gain real ground because diminishing another’s position does not increase one’s own objective value” (Sherwin 2004, p. 1459).

¹⁷² Sherwin 2004, p. 1444.

¹⁷³ Sherwin 2004, p. 1462.

¹⁷⁴ MacCarthy 2004, p. 24.

genoegdoening een grotere rol dan in meer traditionele toepassingen van het aansprakelijkheidsrecht.

D. Distributie

Herstel van historisch onrecht komt in feite neer op een herverdeling van goederen en levenskansen, zo betoogt Waldron (zie hiervoor par. 6A). Dat kan een reden zijn om aansprakelijkheid voor historisch onrecht af te wijzen, dan wel juist gerechtvaardigd te achten. Waldron zelf behoort tot de auteurs die aansprakelijkheid op deze grond afwijzen. Historisch onrecht wordt in de loop van jaren ingehaald door nieuwe ontwikkelingen, “*counterfactuals*” over wat er zonder het onrecht zou zijn gebeurd zijn principieel niet te rechtvaardigen, en herstel leidt niet alleen tot een disruptie van de sociale textuur van de samenleving, maar kan zelfs oude wonden openrijten. In ons taalgebied heeft Spier zich recentelijk verzet tegen vergaande aansprakelijkheden op grond van historisch onrecht, onder meer met een beroep op het “*floodgate argument*” (zie par. 5A). Daartegenover staan de auteurs die juist in de notie van distributieve rechtvaardigheid een legitimatie vinden voor (vormen van) aansprakelijkheid voor historisch onrecht zoals herstelbetalingen voor het slavernijverleden. Daarbij ligt het accent al snel op een collectieve verantwoordelijkheid van private en publieke rechtspersonen die destijds al bestonden – bedrijven, organisaties, overheden – jegens degenen die als lid van een groep systematisch zijn benadeeld (zwarte Amerikanen, Joden, inheemse volken). Die verantwoordelijkheid overstijgt het “*tort model*” en komt in feite neer op een “*moral-political notion of repairing damages*”, waarin symbolische remedies belangrijker zijn dan schadevergoeding. Die verantwoordelijkheid wordt onder meer gerechtvaardigd door overwegingen van distributieve rechtvaardigheid (“*fill out the idea of ‘more nearly equal’*”). Zo betoogt MacCarthy:

*“From a moral-political perspective, it can be argued that, other things being equal, redressing the injuries to a group from past wrongs done to them has a certain priority over addressing the equity claims of other disadvantaged groups who are not victims of past injustice, because it has the weight of both distributive and corrective justice on its side.”*¹⁷⁵

In dit debat kan conceptuele helderheid worden geboden door te onderscheiden tussen verschillende niveaus waarop aansprakelijkheid vorm en inhoud krijgt. Het “*tort model*” is in de kern gebaseerd op individuele verantwoordelijkheid, corrigerende rechtvaardigheid, en financiële schadevergoeding. Wanneer het wordt toegepast op historisch onrecht - in de vorm van “*class actions*” van groepen en/of rechtspersonen - rijzen al snel problemen van conceptuele, juridische en morele aard, zo bleek hierboven. Voor het “*unjust enrichment model*” geldt hetzelfde; weliswaar zijn “*mass restitution cases*” in gevallen van “*massive historical wrong*” succesvol gebleken – in die zin dat voor hoge bedragen werd geschikt - maar dat ging ten koste van een scherpe afbakening van de verantwoordelijkheid. Op een nog algemener niveau levert de discussie over “(historische) schuld” – bij gebrek aan conceptuele scherpheid - alleen een bijdrage aan het politieke debat. Ten slotte is er de “*moral-political notion of repairing damages*”, een collectieve verantwoordelijkheid voor een historische periode waarin de iure en de facto een grote minderheid

¹⁷⁵ MacCarthy 2004, p. 23.

werd uitgesloten van maatschappelijke participatie op voet van gelijkwaardigheid. Dat onrecht kan worden hersteld door maatregelen om de ontstane achterstand in te halen, om daarmee het destijds begane onrecht te herstellen, en aldus resterende tegenstellingen te overbruggen. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid spelen vooral hier een rol.

In het debat over de vraag naar de rol van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid (Waldron versus MacCarthy), lijkt een tussenpositie het meest plausibel. Enerzijds is de enkele omstandigheid dat herstel van historisch onrecht een herverdeling van goederen of levenskansen inhoudt, niet voldoende om in alle gevallen dat herstel als ongerechtvaardigd af te wijzen. Zoals Veraart heeft betoogd zijn er soms goede gronden die dat herstel rechtvaardigen – ook van distributieve aard – terwijl die in andere gevallen ontbreken (zie par. 2). Anderzijds geldt wel dat naarmate de herverdeling die herstel impliceert ingrijpender en omvangrijker is – en noties van distributieve rechtvaardigheid een grotere rol spelen – dat herstel moeilijker te rechtvaardigen is. Bovendien is het aansprakelijkheidsrecht in die gevallen een minder geschikt domein om dat herstel te voltrekken. Herstel door de wetgever en door middel van het publiekrecht ligt dan meer voor de hand dan door de rechter via het aansprakelijkheidsrecht, ook al omdat de focus dan verschuift van het verleden (het onrecht) naar de toekomst (gelijke kansen).¹⁷⁶ In de mate waarin herstel neerkomt op een herverdeling van goederen en levenskansen voor grote groepen mensen, raakt het aansprakelijkheidsrecht buiten beeld. Hoewel het aansprakelijkheidsrecht distributieve effecten heeft, is de distributie van goederen en levenskansen niet een van zijn doelstellingen. Juist de gevallen van historisch onrecht maken ons bewust van deze beperking, en roepen de vraag op of het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht aan herziening toe is.

7. Variabelen van vorderingen op grond van historisch onrecht

Nu de vragen naar het ‘wanneer’ en het ‘waarom’ van aansprakelijkheid voor historisch onrecht zijn beantwoord (par. 5 respectievelijk par. 6), kan worden onderzocht welke gevallen van historisch onrecht wel tot aansprakelijkheid kunnen leiden en welke niet, en hoe de verschillende uitkomsten zijn te rechtvaardigen (waarbij ook de remedie een rol speelt). Dit preadvies opende met de vraag wat het verschil is tussen de zaak van *Deadria Farmer Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation* enerzijds, en de zaak van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden anderzijds. Wat maakt dat het historische onrecht van de slavernij in het eerste geval niet tot aansprakelijkheid leidt, en dat van misdragingen tijdens een post-koloniale oorlog in het laatste geval wel? In welke opzichten verschillen de beide zaken; welke daarvan zijn bepalend voor de toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht? Op grond van het bovenstaande worden deze vragen hier onderzocht en beantwoord (waarmee ook de onderzoeksvraag wordt beantwoord).¹⁷⁷

¹⁷⁶ Dagan 2004, p. 15.

¹⁷⁷ Door deze opzet treedt hieronder onvermijdelijk enige herhaling op, waarvoor excuses.

A. Tijdsverloop

De belangrijkste variabele is natuurlijk het verloop van de tijd.¹⁷⁸ Als de aansprakelijkheid voor historisch onrecht ons ergens bewust van maakt, dan is het wel van de beperkte houdbaarheid van het recht. In de eerste plaats heeft het verloop van de tijd normatieve kracht: “*the normative significance of the passage of time*”.¹⁷⁹ Met het verstrijken van de tijd ‘lost’ het recht als het ware op. In eerste instantie verdwijnt de vordering.¹⁸⁰ Vanwege de regeling van de verjaring verstrijkt haar houdbaarheidsdatum na 20 jaar. “*Het trage recht vernietigt zichzelf*”, zegt men wel.¹⁸¹ Niettemin is het onder voorwaarden mogelijk de verjaring te doorbreken indien het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor vorderingen op grond van historisch onrecht is een gezichtspuntencatalogus opgesteld, waarvan de bouwstenen zijn: (1) het uitzonderlijke karakter van het onrecht, (2) de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven, (3) de bekendheid daarvan bij de pleger van het onrecht (die desondanks is blijven stilzitten), (4) de feitelijke onmogelijkheid van de slachtoffers of hun nabestaanden om hun vordering eerder te gelde te maken (niet anders konden dan stilzitten), (5) de niet-voltooid collectieve (maatschappelijke) verwerking van het onrecht, en (6) het ontbreken van de bewijsproblemen die doorgaans met tijdsverloop gemoeid zijn (zie par. 4). Deze catalogus is gebaseerd op de Rawagedeh-jurisprudentie en lijkt eveneens doorbreking te rechtvaardigen in de zaak van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder.

Doorbreking van de verjaring lag in het geval van Deadria Farmer Paellmann minder voor de hand; niet alleen omdat de bewijsproblemen veel groter zouden zijn, maar ook omdat doorbreking veel ingrijpender maatschappelijke gevolgen zou hebben. Verjaring vormt in het geval van Deadria Farmer Paellmann dus een beslissend obstakel voor aansprakelijkheid, en in de zaak Rawagedeh niet. Dat is niet alleen het geval omdat in de eerste zaak veel langere tijd is verstreken dan in de tweede, maar vooral omdat herstel van het slavernijverleden door toewijzing van de vorderingen een zo ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen impliceert dat de maatschappelijke orde en vrede in het geding komen. Dat is bij de Rawagedeh-jurisprudentie veel minder het geval.

In de tweede plaats heeft het verloop van de tijd feitelijke invloed op de haalbaarheid van vorderingen op grond van historisch onrecht. De vaststelbaarheid of bewijsbaarheid van de feiten neemt met het verstrijken van de tijd af; getuigen overlijden, documenten verdwijnen, en de

¹⁷⁸ Vgl. Hylton: “All of these arguments are reducible to the core passage-of-time problem that severely weakens the legal basis for compensating reparations plaintiffs” (Hylton 2004, p. 47, en Epstein: “I think that the statute of limitations defense should be allowed, and that the case should turn on that ground alone, (...), “because the passage of time is, in general, a reliable proxy for the increased complexity of events.(...). On the plaintiff’s side, each passing year results in the multiplication of the number of descendants to whom some fractional interests have passed.(...) In the years since 1867 we have had at least seven generations, so that a direct descendant of a slave is 127 parts not slave descendant, unless there is another slave somewhere else in his or her line of ascent.(...) To circumvent this problem, we have to contrive of some class-wide payment that goes to no one in particular, but to entities who are said to represent these individuals.(...) Similar difficulties exist on the side of the defendant” (Epstein 2004, p. 1185, 1186).

¹⁷⁹ Dagan 2004, p. 15.

¹⁸⁰ “Het tijdsverloop heeft in deze omschrijving een actieve rol, het is een rechtsscheppend (zo men wil rechtsvernietigend) element” (Lichtenauer 1932, p. 31).

¹⁸¹ Geciteerd uit Lichtenauer 1932, p. 17.

mogelijkheden om de feiten deugdelijk vast te stellen nemen af. Dat is een belangrijke reden om de hakbijl van de verjaring zijn werk te laten doen, juist in gevallen van historisch onrecht. Maar bij historisch onrecht speelt nog iets anders, namelijk dat onze opvattingen over wat onrechtmatig is, in de loop van de tijd veranderen. In het aansprakelijkheidsrecht is het uitgangspunt dat de onrechtmatigheid wordt beoordeeld naar het moment dat de gedraging of nalatigheid is gesteld; dat was immers het moment waarop de pleger anders had kunnen en moeten handelen. Voor veel schrijvers is dit een – al dan niet gewenst – obstakel voor aansprakelijkheid op grond van historisch onrecht. Het handelen dat ons nu met afschuw en schaamte vormt, was immers toen niet onrechtmatig, vaak zelfs een geaccepteerde maatschappelijke praktijk (vergelijk slavernij). Anderen betogen dat juist slavernij laat zien dat deze praktijk niet zozeer legaal was, maar eerder was onttrokken aan de werking van het recht (a-legaal). Slaven waren objecten en dus zelf geen rechtssubject, de ultieme vorm van uitsluiting. Het aannemen van aansprakelijkheid voor slavernij is dus niet de verandering van normen met terugwerkende kracht, maar eerder een praktijk onder de werking van het recht brengen die daar ten onrechte van was uitgesloten. Deze redenering heeft olievlekwerking, zo zagen wij, zij is ook van toepassing in andere situaties waarin groepen mensen door rechteloosheid en achterstelling, maatschappelijk werden uitgesloten en geen of slechts beperkte toegang hadden tot het recht. Waarom zouden dan de lasten van morele vooruitgang niet mogen worden gelegd bij diegenen die daarvan destijds hebben geprofiteerd? Mede in het licht van normen van ‘ius cogens’ hadden zij destijds misschien ook al beter kunnen en moeten weten. De medewerking van de overheid destijds aan een praktijk van historisch onrecht versterkt de claim tot herstel bij de civiele rechter nu.

Spier heeft zich terughoudend getoond ten aanzien van die verdere ontwikkeling, met name door een strikte hantering van het vereiste van onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven (zie par. 5B). In dit opzicht sta ik een ruimhartiger benadering voor door ook aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid (naar toen geldende maatstaven) toe te laten. Die mogelijkheid zou ik evenwel (vooralsnog) willen beperken tot die gevallen waarin de benadeelde destijds in een situatie van afhankelijkheid en rechteloosheid verkeerde, geen of beperkte toegang tot het recht had, en daardoor de facto was uitgesloten van de publieke ruimte (al dan niet getolereerd of gefaciliteerd door de overheid). Daarmee kom ik in de buurt van het standpunt van Veraart, die als grondgedachte formuleert “dat een rechtsstatelijk rechtssysteem onrecht uit het verleden niet mag blijven negeren (en daarmee vergeten), wanneer het om statelijk onrecht gaat dat groepen mensen doelgericht van de bescherming van dat rechtssysteem heeft uitgesloten” (par. 4). Dat sluit tevens aan bij de gedachte van de “democratisering van het verleden”, de rechtzetting van een structureel ongelijkwaardige positie van een bepaalde bevolkingsgroep of minderheid (par. 2).

Het verloop van de tijd werkt natuurlijk ook door in de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid. Hoe langer de causale ketens, hoe groter de problemen, zowel met betrekking tot de relatie tussen de gebeurtenissen en hun gevolgen (“act attenuation”) als met betrekking tot de beschrijving waaronder de eisers en gedaagden worden geïdentificeerd (“victim attenuation” en “wrongdoer attenuation”). Maar ook: hoe specifieker de beschrijving van het onrecht en zijn gevolgen, hoe sterker de vordering (maar des te moeilijker om haar feitelijk te onderbouwen). Het aansprakelijkheidsrecht is bij uitstek het domein van de individuele toerekening van de schadelijke gevolgen aan historisch onrecht. Wanneer causale ketens en individuele partijen worden

vervangen door ‘verklarende narratieven’ en herstelbetalingen tussen maatschappelijke groepen, wordt de discussie politieker en ongemakkelijker voor het aansprakelijkheidsrecht.

B. Partijen

Een belangrijke variabele van vorderingen op grond van historisch onrecht is de aard van de partijen, en de wijze waarop of de mate waarin zij met de oorspronkelijke veroorzaker en benadeelden in verband kunnen worden gebracht. In de zaak van Deardria Farmer Paellmann waren die relaties veel minder vanzelfsprekend dan in de zaak van de weduwen van Rawagedeh, in het bijzonder waar het de eisers betrof. Het stond allerm minst vast dat Deardria Farmer Paellmann schade had geleden door toedoen van de gedaagde bedrijven, terwijl het evident is dat de weduwen ernstig getroffen waren door onrecht waarvoor de Staat verantwoordelijk was. Meer in het algemeen is de vraag in welke mate zich de problemen van “*victim attenuation*” en “*wrongdoer attenuation*” voordoen, en hoe die problemen worden opgelost? In dit verband kunnen drie gevalstypen worden onderscheiden: het individuele model, het groepsmodel, en het collectieve model (zie ook par. 6D).

Deze driedeling is gebaseerd op de drie niveaus van collectieve verantwoordelijkheid: (1) het niveau van de noties van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid (bijvoorbeeld het leerstuk van de hoofdelijkheid), (2) het niveau van ouderschap (bijvoorbeeld het leerstuk van vertegenwoordiging, en (3) het niveau van persoonlijkheid (bijvoorbeeld rechtspersoonlijkheid).¹⁸² De aansprakelijke entiteit is in alle gevallen ofwel een individu, ofwel een collectiviteit. Een collectiviteit is ofwel een aggregaat (een groep individuen), ofwel een conglomeraat (een organisatie met een eigen identiteit).¹⁸³

Het individuele model betreft de categorie zaken waarin één of meer individuele benadeelden één of meer gedaagden aansprakelijk stellen voor (de gevolgen van) historisch onrecht. De meest directe vorderingen zijn die van de directe benadeelden tegen de directe veroorzaker. Het geval van vrouwen die verhaal zoeken bij de Zusters van de Goede Herder, is het beste voorbeeld. Omdat de benadeelden in persoon de veroorzaker in persoon in rechte betrekken, zijn er geen problemen met betrekking tot de identiteit van de eiser en de gedaagde (geen “*victim attenuation*” of “*wrongdoer attenuation*”).

Ook de uitspraak in de zaak Rawagedeh en die in verwante zaken past goed in dit individuele model.¹⁸⁴ In deze zaken is de Staat aangesproken als de direct verantwoordelijke rechtspersoon voor de gewelddadigheden die destijds onder Nederlandse vlag door Nederlandse militairen zijn begaan, kortom, als de verantwoordelijke veroorzaker (en niet als een symbolische representant van de Nederlandse samenleving). Andere (internationale) voorbeelden van dit individuele model zijn de aanspraken van de Aboriginals in Australië die tijdens hun jeugd van hun ouders

¹⁸² Loth 1988, p. 229 – 270.

¹⁸³ French 1984, p. 5 en 13.

¹⁸⁴ In de zaak van Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525 is de eiser tijdens de procedure overleden (nadat de rechtbank hem had gehoord, maar voordat de deskundige haar onderzoek had aangevangen).

*gescheiden waren, en die van de Amerikaanse en Canadese Japanners die tijdens de Tweede Wereldoorlog zijn geïnterneerd.*¹⁸⁵

Het groepsmodel betreft de categorie zaken waarin individuele eisers onder de beschrijving van het lidmaatschap van een groep een vordering instellen tegen een rechtspersoon die verantwoordelijkheid draagt voor het historisch onrecht.¹⁸⁶ De eisers treden op als vertegenwoordiger of lid van een specifiek omschreven groep, bijvoorbeeld gemeenschappen als de Aboriginals, de zwarte Amerikanen, of de Joden. In vergelijking met het individuele model heeft dit groepsmodel onmiskenbaar voordelen, maar het stuit ook op grotere (conceptuele en morele) problemen. Het groepsmodel stuit allereerst op de bekende problemen van de continuïteit van de eisende en de gedaagde partij (*“victim attenuation”* respectievelijk *“wrongdoer attenuation”*) wanneer hun rechtspersoonlijkheid niet gegeven is (doordat het natuurlijke of rechtspersonen betreft). In het geval van historisch onrecht wordt het probleem van de *“wrongdoer attenuation”* meestal opgelost doordat een (publiek- of privaatrechtelijke) rechtspersoon wordt aangesproken die destijds al bestond en nu verantwoordelijk wordt gehouden voor het begane onrecht. Het probleem van de *“victim attenuation”* is misschien nog wel hardnekkiger omdat het behoren tot een gemeenschap onder de een of andere etnische beschrijving natuurlijk niet genoeg is. Een civiele vordering namens ‘de’ Surinamers, ‘de’ Molukkers – of welke deelgemeenschap dan ook – is te vaag om ontvankelijk te zijn. In de (gevoegde) zaken van Deadria Farmer Paellmann en anderen traden de eisers dan ook op namens zichzelf en de groep die zij vertegenwoordigden onder de geldende wetgeving op de *“class actions”*. Onder het Nederlandse recht biedt art. 3:305a BW een grondslag en daarmee een afbakening van de groep die als eisende partij optreedt, ook in geval van historisch onrecht.¹⁸⁷

*Art. 3:305a BW faciliteert de bundeling van belangen van een groep benadeelden van een bepaald historisch onrecht door een stichting of vereniging met rechtspersoonlijkheid (de lotgenotenorganisatie Vrouwenplatform Kerkelijk Kindermisbruik, maar bijvoorbeeld ook een (niet-bestaande) stichting voor de slachtoffers van de Zusters van de Goede Herder, of de nabestaanden van voorouders die in slavernij hebben geleefd en gewerkt).*¹⁸⁸ *Ik kan mij daar zowel een groepsactie als een algemeen-belangactie bij voorstellen. Het verschil is dat bij een groepsactie de personen om wier belangen het gaat zijn te individualiseren, terwijl dat niet mogelijk is bij algemeen-belangacties, want daar betreft het belangen van zo'n algemeen karakter dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan.*¹⁸⁹ *Groepsacties kunnen worden aangespannen door een slachtofferorganisatie, vriendenkring, lotgenotenorganisatie, of belangenbehartigingsorganisatie. Algemeen belangacties kunnen strekken tot een niet tot individuen te herleiden belang, zoals het milieubelang, het klimaatbelang, het gezondheidsbelang of het belang van de handhaving van een bepaald grondrecht (maar ook het belang van rechtsherstel voor de nakomelingen van slaven, voor de vrouwen van de Zusters van de Goede*

¹⁸⁵ Thompson 2001, p. 114.

¹⁸⁶ Thompson 2001, p. 115, MacCarthy 2004, p. 2.

¹⁸⁷ Denkbaar is ook de erkenning van een collectieve schikkingsovereenkomst op grond van art. 7:907/910 BW (WCAM).

¹⁸⁸ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP).

¹⁸⁹ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aantekening 8 (online, bijgewerkt tot 27 oktober 2017).

Herder, of voor de nabestaanden van de slachtoffers van de politionele acties). Vrijwel iedere vordering is mogelijk, zoals een verklaring voor recht (over de betekenis van het begane onrecht), of een rechterlijk bevel of gebod (tot het nemen van (symbolische) maatregelen), maar (vooralsnog) niet een vordering tot schadevergoeding.¹⁹⁰

Het collectieve model ten slotte, betreft de categorie zaken waarin het herstel van historisch onrecht als een algemeen belang wordt gezien, waarvan de behartiging door een algemeen belangactie op de voet van art. 3:305a BW wordt gediend, dan wel aan de wetgever wordt overgelaten.¹⁹¹ Zoals wij zagen biedt art. 3:305a BW de mogelijkheid van de algemeen belangactie bij de civiele rechter. Dit is een collectief actierecht dat nadrukkelijk meer omvat dan het opkomen van private rechtspersonen voor de (gebundelde) belangen van hun individuele leden.¹⁹² Voor stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid is het mogelijk in rechte op te komen voor collectieve belangen die ieders bestaan raken, voor zover deze belangen ingevolge de statuten worden behartigd (zoals het milieubelang).¹⁹³ Tot de collectieve belangen die op de voet van art. 3:305a BW door “*public interest litigation*” kunnen worden behartigd zou ook het herstel van een bepaald historisch onrecht gerekend kunnen worden.¹⁹⁴

*Dat vergt een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die – blijkens haar statuten – zich het belang van het herstel van de gevolgen van een bepaald historisch onrecht aantrekt (bijvoorbeeld de postkoloniale oorlog, of het slavernijverleden). Dergelijke rechtspersonen kunnen in rechte opkomen voor de behartiging van die belangen, niet alleen ten behoeve van de minderheden die zich door het desbetreffende historische onrecht benadeeld voelen, maar ook ten behoeve van de verzoening van die minderheid met de rest van de samenleving, en meer in het algemeen om die samenleving met een zwarte bladzijde uit haar geschiedenis in het reine te laten komen. Dat zijn collectieve belangen die zich in beginsel voor een dergelijke “*public interest litigation*” lenen.*

Vorderingen lijken ten slotte kansrijker indien ze tegen de Staat zijn gericht; niet alleen omdat de Staat destijds een rol heeft gespeeld bij het historisch onrecht in kwestie – hetzij in directe zin, hetzij in indirecte zin (een faciliterende of toezichhoudende rol) - maar ook omdat een verantwoording door de Staat als verantwoording namens de samenleving kan gelden. Door de Staat aan te spreken dwingen belangenorganisaties de samenleving in de spiegel van haar eigen verleden te kijken. Omgekeerd is het ook denkbaar dat de Staat niet als gedaagde partij, maar als eisende partij optreedt. Waarom zou de overheid hier niet wat activistischer zijn? De wat vergeten regeling van art. 3:305b BW biedt aanknopingspunten voor een “*governmental action*” op grond van historisch onrecht.

¹⁹⁰ Wellicht wordt dit spoedig anders (zie het Wetsvoorstelcollectieve schadevergoedingsactie (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 2).

¹⁹¹ Zie voor de VS de in par. 2 genoemde voorbeelden.

¹⁹² Van Gestel & De Poorter 2002.

¹⁹³ Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1986, NJ 1987/743 (*Nieuwe Meer*), waarin drie milieuverenigingen een procedure startten tegen de gemeente Amsterdam, waarin zij vorderden dat de gemeente de stort van bagger uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer zou staken.

¹⁹⁴ Tot dusver concentreert de aandacht zich vooral op het milieurecht. Zie Van den Broek en Enneking 2014. Zie ook de overvloedige literatuur naar aanleiding van het Urgenda-vonnis van de Rechtbank Den Haag.

Art. 3:305b BW biedt ook overheden (naast de privaatrechtelijke rechtspersonen van art. 3:305a BW) de mogelijkheid om bij de civiele rechter op te komen voor de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Zo kan ook de Staat de civiele rechter adïëren als representant van getroffen burgers, mits de behartiging van het getroffen belang binnen het bereik van zijn taakstelling valt.¹⁹⁵ Die bevoegdheid is overigens niet beperkt tot het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad, ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is denkbaar. Een dergelijke ‘governmental action’ kan worden beschouwd als een supplementair middel voor de Staat bij de verwezenlijking van haar overheidstaak. Zij biedt ook voordelen vanuit een oogpunt van optimale handhaving en bescherming van diffuse belangen en rechten.¹⁹⁶ Wanneer het om historisch onrecht gaat, staan de centrale overheid in de eerste plaats publiekrechtelijke middelen ter beschikking, uiteenlopend van feitelijke handelingen als het maken van excuses, tot wettelijke maatregelen tot herstel van de gevolgen van een bepaald historisch onrecht (zoals bijvoorbeeld de Ierse overheid heeft gedaan in het geval van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder). Daarnaast is het evenwel denkbaar dat de overheid in rechte opkomt voor de belangen van een bepaalde groep benadeelden (een groepsactie) dan wel voor een collectief belang (een algemeen belangactie).¹⁹⁷ Waar de groepsactie al snel stuit op het bezwaar dat de overheid het zich niet kan permitteren voor de ene minderheid op te komen ten koste van de belangen van anderen, is dat bij de behartiging van een collectief belang minder het geval (hoewel ook daar de keuze van een gedaagde problematisch is). Herstelmaatregelen van de overheid hebben grote zeggingskracht – als “by nature the highest spokesman for all the people”¹⁹⁸ – maar die zeggingskracht neemt misschien alleen nog maar toe wanneer zij de civiele rechter inschakelt.

C. Remedies

Een andere belangrijke variabele van vorderingen op grond van historisch onrecht is de aard van de ingestelde vordering. In de zaak *Rawagedeh* werd een verklaring voor recht gevorderd dat de Staat aansprakelijk is (hetgeen uiteindelijk resulteerde in een regeling houdende een schadevergoeding), terwijl de zaak van *Deardria Farmer Paellmann* voornamelijk draaide om een vordering tot restitutie van de genoten voordelen van de destijds verrichte slavenarbeid. Bij de gevorderde verklaring voor recht kon de begroting van de geleden schade achterwege blijven, terwijl de begroting van de schade in de zaak van *Deardria Farmer Paellmann* nu juist notoir problematisch was. Zoals de rechter in die zaak overwoog: “In essence, the Plaintiffs seek reparations from Defendants for their alleged roles in the institution of Human chattel slavery as it existed in the United States from 1619 through 1865, to date”.

Een vordering tot schadevergoeding – op grond van onrechtmatige daad dan wel ongerechtvaardigde verrijking - dwingt tot een nauwkeurige identificatie van de gestelde

¹⁹⁵ Jonbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:3015b BW, aantekening 7 (online, bijgewerkt tot 29 september 2016).

¹⁹⁶ Frenk 1993, p. 155.

¹⁹⁷ In de VS is het niet ongebruikelijk dat overheden (zowel staten als gemeenten) optreden als eisende partij in klimaatschadezaken tegen grote CO₂-uitstoters (zie bijvoorbeeld *California v. General Motors Corporation et. al.*, Case No. C06-05755 MJJ, (N. D. Cal. 2007), en *Massachusetts et. al. V. EPA et. al.* 549 U.S. 497 (2007). Onlangs ook New York, tevergeefs deze keer.

¹⁹⁸ Frenk 1993, p. 147.

gedragingen, de causale relaties, en de schadelijke gevolgen. Dat betekent dat het niveau van beschrijving heel precies en specifiek dient te zijn, waarmee alle met het tijdsverloop verbonden problemen zich in volle omvang doen voelen. Bovendien dienen de voorwaarden voor aansprakelijkheid strikt te worden geïnterpreteerd aangezien de inzet van de procedure is wie de financiële lasten van het historische onrecht dient te dragen. De vraag naar de legitimatie van aansprakelijkheid in dit geval even relevant als moeilijk te beantwoorden. In feite wordt hier het klassieke aansprakelijkheidsrecht in optima forma op zijn houdbaarheid getest; in hoeverre zijn de voorwaarden voor aansprakelijkheid en de remedie van schadevergoeding passend (te maken) in geval van historisch onrecht? In de zaak van Deardria Farmer Paellmann was de vordering tot schadevergoeding te vaag en veelomvattend om succesvol te kunnen zijn. In de Rawagedeh-zaak was de begroting van de individuele schade van de weduwen in beginsel mogelijk geweest (indien schadevergoeding zou zijn gevorderd).

Wanneer de inzet van de procedure een meer symbolische remedie vormt, verdwijnen de beperkingen die aan een vordering tot schadevergoeding kleven. Bij een verklaring voor recht vervalt de noodzaak de schade te begroten. Een stap verder is het moreel-declaratoir, wanneer de inhoud van de gevorderde verklaring een andere inhoud heeft dan de vaststelling van aansprakelijkheid.¹⁹⁹ Ten slotte kan het rechterlijk bevel worden gebruikt voor minder traditionele maar meer passende remedies, zoals het aanbieden van excuses, de oprichting van standbeelden, de organisatie van museale tentoonstellingen, de aanpassing van onderwijsmateriaal, enzovoort. Wanneer de vordering betrekking heeft op dergelijke remedies kan dat zijn weerslag hebben op de procedure waarin dan minder het accent ligt op civielrechtelijke aansprakelijkheid (*“the torts model”*), en meer op een collectieve morele en politieke verantwoordelijkheid (*“the moral-political notion of repairing damages”*).

Daarbij ligt een ruimere interpretatie van de vereisten voor aansprakelijkheid voor de hand. Het ontbreken van onrechtmatigheid naar de maatstaven van toen is dan minder belangrijk dan de morele vooruitgang die sindsdien is geboekt. Het ontbreken van inzicht in de precieze causale ketens wordt vervangen door een ‘verklarend narratief’, waarin de uitsluiting van toen is gerelateerd aan de achterstand van nu. We verruimen hier de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht zoals wij dat kennen. Niettemin zouden daarmee een aantal van zijn ‘zachtere’ functies hiermee gediend zijn, zoals story-telling, het afleggen van verantwoording, waarheidsvinding, de erkenning van historisch leed en van een actuele maatschappelijke achterstand. Ook kan dit passen in een meer op herstel gericht beeld van het aansprakelijkheidsrecht.²⁰⁰ In een dergelijke benadering ligt het accent minder op de overheveling van vermogen (financiële compensatie of restitutie), maar meer op de ontwikkeling van de vermogens van de benadeelde (herstel van diens autonomie).²⁰¹ In de VS zijn bijvoorbeeld de ‘affirmative action programs’ bij de toegang tot de universiteiten wel beschouwd als een vorm van herstel voor de door slavernij en Jim Crow opgelopen maatschappelijke achterstand van de zwarte minderheid. Dat past heel goed in de herstelbenadering.

¹⁹⁹ Gras 2001.

²⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Van Dijk 2016, met verdere literatuur.

²⁰¹ Zie bijvoorbeeld Loth 2016, met verdere literatuur.

D. Morele legitimaties

Ten slotte is de toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht afhankelijk van de morele legitimatie van de remedie. Dat vormt een van de verklaringen van het verschil tussen de Rawagedeh-uitspraak en de zaak van Deardria Farmer Paellmann; in de laatste zaak was de morele rechtvaardiging voor toewijzing van de vordering zwakker dan in de eerste (zie par. 6B). Wanneer toewijzing van de vordering wordt gerechtvaardigd door het beginsel van compensatie is zij kansrijker dan wanneer het beginsel van restitutie moet worden ingeroepen. Compensatie is het herstel van een verstoorde balans, restitutie is de ongedaanmaking van ongerechtvaardigde bevoordeling. Compensatie impliceert de vaststelling van de geschonden normen, restitutie staat daar losser van. Overigens is het omstreden of – en zo ja, in hoeverre – de beide beginselen de aansprakelijkheid voor historisch onrecht legitimeren.

Het beginsel van compensatie is als zodanig onomstreden, maar dat geldt niet voor het antwoord op de vraag of het intergenerationele werking heeft. Zoals wij zagen staan hier twee opvattingen tegenover elkaar: enerzijds de opvatting dat de morele legitimatie met het verstrijken van de tijd afneemt, en anderzijds de opvatting dat zij behouden blijft (hetzij op grond van de olievlekwerking van onrechtmatigheid, hetzij op grond van de bijzondere aard van familiebanden (zie par. 6A). Het beginsel van restitutie is wel als zodanig betwist. De tegenstanders wijzen erop dat de ontneming van voordeel in feite een economisering van ongespecificeerd onrecht meebrengt, die meer op wraakgedachten berust dan op de wens om een verstoorde balans te herstellen. De voorstanders daarentegen wijzen op de achterliggende morele waarde van de autonomie van de benadeelden, alsook op de preventieve effecten van restitutie (“market-bypassing” en “unambiguously-socially-undesirable-conduct”) (zie par. 6B).

Zowel compensatie als restitutie kunnen bijdragen aan genoegdoening, zowel van de individuele eisers als van de samenleving in bredere zin, beide zowel in psychologische als in morele zin. Voor de individuele eisers levert aansprakelijkheid – afgezien van eventuele schadevergoeding – ook immateriële voordelen op, zoals ‘story-telling’, waarheidsvinding, het afdwingen van verantwoording, en de erkenning van leed. Voor de samenleving als geheel draagt aansprakelijkheid ertoe bij dat zij zich rekenschap geeft van de minder glorieuze periodes uit haar geschiedenis. Ook kan het aansprakelijkheidsoordeel van de rechter bijdragen aan de overbrugging van maatschappelijke tegenstellingen. Op de beide niveaus geldt dat genoegdoening ook een morele dimensie heeft: aansprakelijkheid kan bijdragen aan de constituerende waarden van een democratische samenleving, zoals gelijke berechtiging en behandeling, en een fatsoenlijke behandeling van gelijkwaardige leden van de samenleving. Maar aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan ook disruptieve gevolgen hebben, tot nieuw sociaal onrecht aanleiding geven, en oude wonden openhalen. Wanneer het onrecht is ingehaald door maatschappelijke ontwikkelingen en tot een ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen zou leiden, is de vraag gerechtvaardigd of het dat waard is.

Van oudsher is genoegdoening een neveneffect van aansprakelijkheid. Het is niet het doel, maar eerder een consequentie van compensatie (of restitutie). In geval van aansprakelijkheid van

historisch onrecht lijkt genoegdoening een grotere rol te spelen, op beide niveaus en in beide onderscheiden betekenissen van het woord. Dat roept dan weer het risico op dat wij ons laten meeslepen door de wens tot genoegdoening, en daarmee het aansprakelijkheidsrecht zelf schade berokkenen (“hard cases make bad law”). Juist daarom is het van belang om te zoeken naar nieuwe mogelijkheden in het aansprakelijkheidsrecht die enerzijds recht doen aan de behoefte aan genoegdoening, maar anderzijds zijn integriteit intact laten. “Houdbaar recht” heeft dan ook een dubbele betekenis: enerzijds die van recht dat met het verloop van de tijd in kracht afneemt, en anderzijds die van recht dat zich duurzaam ontwikkelt (los van de waan van de dag, maar wel permanent op zoek naar responsiviteit in verband met nieuwe maatschappelijke behoeften).

Uit het voorgaande volgt dat de morele legitimatie het sterkst is indien de vordering beantwoordt aan het individuele model (zie hiervoor onder 7B). Aansprakelijkheid wordt dan gerechtvaardigd door het beginsel van compensatie; individuele benadeelden dienen te worden gecompenseerd voor hen onrechtmatig toegebrachte schade. Ook het beginsel van restitutie kan in deze richting wijzen, zoals in het geval van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder. Voor de aanzienlijke verrijking van deze kloosterorde – die haar “business model” op dwangarbeid had gebaseerd – bestond immers geen grond. Zoals wij zagen, een voorbeeld bij uitstek van “*market-bypassing*” en van “*unambiguously-socially-undesirable conduct*”. Uit de commentaren van individuele eiseressen in de media blijkt duidelijk van de genoegdoening die aansprakelijkheid zou bieden.²⁰² Vergoeding van de schade past ook in het herstel van het onrecht en het leed dat velen onder de vlag van de RK Kerk is aangedaan, zowel in fysieke, psychologische, als in morele zin. Herstel van het onrecht van de individuele eiseressen door de orde van de Zusters van de Goede Herder wordt bovendien gerechtvaardigd door overwegingen van distributieve rechtvaardigheid, vergt geen verschuivingen met grote distributieve gevolgen, en resulteert niet in nieuw sociaal onrecht. Kortom, aansprakelijkheid lijkt gerechtvaardigd.

Wanneer groepsacties in de kern niet meer behelzen dan een optelsom van individuele belangen, geldt in beginsel hetzelfde als ten aanzien van het individuele model. Het lidmaatschap of de vertegenwoordiging van een groep heeft in beginsel geen toegevoegde waarde boven iemands individuele aanspraken. Een groep is een aggregaat van personen, niet meer en niet minder. Corrigerende rechtvaardigheid voor de groep is corrigerende rechtvaardigheid voor de individuele leden, en vice versa.²⁰³ Toch kan het lidmaatschap van een groep verschil maken. In de eerste plaats kan het een prima facie voordeel opleveren ten aanzien van het bewijs van bepaalde feiten (bijvoorbeeld de schade of de benadeling). Daar kunnen overigens weer andere bewijsproblemen voor in de plaats komen (zoals het lidmaatschap van de groep). Voorts is het lidmaatschap van een groep van belang omdat de distributieve effecten van een herverdeling toenemen naarmate de groep groter is. Dat kan voor de leden voordelig zijn omdat hun leed moeilijker te negeren valt en daardoor eerder erkenning vindt. De groep kan evenwel zo groot zijn dat herstel te ingrijpende distributieve effecten heeft, waardoor dit voordeel omslaat in een nadeel.

²⁰² Ik citeer Jo Keepers, een van de slachtoffers: “Die zusters zijn rijk geworden door ons werk. Het lijkt me dat ze de kinderen, die een deel van hun vermogen bij elkaar gewerkt hebben, maar eens moeten vergoeden. Ik hoef geen miljoen hoor, maar genoegdoening is wel op zijn plaats” (NRC 23 mei 2018, p. 5).

²⁰³ Daaruit volgt dat herstel voor ‘free riders’ die profiteren van het lidmaatschap van een groep niet wordt gerechtvaardigd door corrigerende rechtvaardigheid (hetgeen niet uitsluit dat er andere rechtvaardigingen zijn).

*Ten slotte is van belang dat de groep door het verloop van de tijd aan betekenis verliest; oude leden vallen af, nieuwe komen erbij, en het lidmaatschap van de groep zegt steeds minder over het directe slachtofferschap. Het lidmaatschap van een groep heeft dus wel invloed op de morele rechtvaardiging van aansprakelijkheid, maar verandert die niet wezenlijk.*²⁰⁴

De morele legitimatie van algemeen belangacties berust op andere principes. Weliswaar kan de wetgever met herstel ieder denkbaar doel nastreven - compensatie, restitutie, satisfactie, en/of redistributie - maar vaak zal herstelwetgeving een gestandaardiseerde of symbolische tegemoetkoming aan de benadeelde minderheid faciliteren. Dan speelt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid uitsluitend op de achtergrond een rol, en treden juist overwegingen van distributieve rechtvaardigheid op de voorgrond. Soms overheerst de symbolische betekenis de praktische impact.²⁰⁵ Waar het algemeen belangacties betreft, is directe schadevergoeding uitgesloten. Vorderingen lijken kansrijker in de mate waarin zij meer op symbolische maatregelen zijn gericht. In algemeen belangacties op grond van historisch onrecht zouden vooral de ‘zachtere’ functies van het aansprakelijkheidsrecht tot gelding kunnen komen, zoals ‘storytelling’, waarheidsvinding, verantwoording, erkenning van leed, genoegdoening, en de overbrugging van tegenstellingen. Vorderingen lijken het meest kansrijk wanneer zij tegen de Staat als gedaagde partij worden ingesteld. De Staat treedt op representant van de samenleving en legt namens haar verantwoording af over het omstreden verleden. Daarbij zou zij niet in de reflex moeten schieten dat verleden te verdedigen, uit onwil om verantwoording af te leggen, of uit de neiging om de remedies te vermijden. De Staat zou zich ook als het morele geweten van de samenleving kunnen opstellen, bereid om zich namens haar rekenschap te geven van fouten uit het verleden, of zelfs om daartoe het initiatief te nemen.

E. Politieke afwegingen

Als laatste noem ik de rol die politieke afwegingen spelen bij toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht. Die afwegingen spelen in minstens twee opzichten een rol. De eerste is de fundamentele keuze of tussen ‘vergeten’ en ‘herinneren’, tussen het afsluiten van het verleden, dan wel het herstellen van historisch onrecht. Hoewel daarover principiële voor- en tegenstanders de degenen kruisen, is hier gekozen voor de tussenpositie dat soms aan het verleden alsnog recht moet worden gedaan, maar in andere gevallen niet.²⁰⁶ De inzet is de keuze voor of tegen een “democratisering van het verleden” (par. 2), en reeds daarom mede een politieke keuze. Voor zover die keuze door de civiele rechter wordt gemaakt – in gevallen van aansprakelijkheid

²⁰⁴ Voor de invoering van de ‘class actions’ van art. 3:305a BW zijn – waar het de groepsacties betreft – dan ook (uitsluitend) argumenten van effectiviteit en efficiency genoemd waar het de bundeling van individuele belangen betreft. Iets anders is het streven om gemeenschappelijke belangen binnen het bereik van het burgerlijk recht te brengen die niet herleidbaar zijn tot individuele belangen (de algemeen belangacties) (Groene Serie, art. 3:305a BW, aantekening 2, A.W. Jongbloed).

²⁰⁵ Zoals bij het recente besluit van de gemeente Den Haag tijdens de Tweede Wereldoorlog geheven woonbelasting te restitueren aan eigenaren die destijds in voormalig Nederlands-Indië verbleven.

²⁰⁶ Zie Bevernage 2015, p. 4.

voor historisch onrecht – dient zij aan te sluiten bij een maatschappelijke behoefte en te passen in de bestaande politieke context.

Wat mij betreft is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht daarom een oefening in balanceerkunst voor de civiele rechter, waarbij telkens een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van rechtvaardigheid in de vorm van herstel van historisch onrecht enerzijds, en het belang van de rechtsvrede die zich verzet tegen voortzetting van de strijd over oude controverses anderzijds. Steeds gaat het om het vinden van passende antwoorden op de vragen naar het ‘wanneer’ en het ‘waarom’ van aansprakelijkheid (zie par. 5 en 6). Daarbij worden de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, het procesrecht, en zelfs de constitutionele positie van de civiele rechter, telkens op de proef gesteld. Die grenzen stellen beperkingen aan wat mogelijk en haalbaar is, maar zijn natuurlijk ook niet in rots gehouwen. “Case by case” zullen de conceptuele, juridische en morele grenzen worden verkend en eventueel worden verschoven. Dat vraagt creativiteit van de betrokken advocaten en prudentie van de betrokken rechters. Als er één leerstuk is waar de maatschappelijke, politieke en morele implicaties van de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht voelbaar zijn, dan is het wel dat van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht.

Vervolgens rijst de politieke vraag of het wel de civiele rechter is die het desbetreffende onrecht moet herstellen, dan wel de wetgever. Het enkele feit dat de oordeelsvorming mede politieke keuzes impliceert, is voor de Amerikaanse rechter meestal voldoende reden om terughoudend te zijn. In de zaak van Deadria Farmer Paellmann overwoog de rechter:

“In conclusion, based on the historical record presented here, it is clear that both during and after the Civil War the issue of reparations to former slaves was one committed to the Representative Branches of the federal government. It was the President and Congress who prosecuted the military and political aspects of the Civil War, ultimately leading to the conclusion of the war. With a goal of preserving the Union and securing an acceptable and lasting peace, it was again the President and Congress who chose to amend the Constitution and enact civil rights legislation in an effort to provide legal equality to newly freed slaves (...) the historical record clearly demonstrates that the Constitution commits this decision to the Representative Branches (...) By requiring the court to second-guess the decisions of the Representative Branches made more than a century ago, Plaintiffs’ Complaint presents a non-justiciable question.”²⁰⁷

Hoewel ik hier niet op de constitutionele positie van de civiele rechter ben ingegaan, zijn wel enkele rechtsfiguren langsgekomen die de rechter meer armslag bieden (art. 3:305a en b BW, collectief belang acties, “*public interest litigation*”, “*governmental actions*”). De discussie over de constitutionele positie van de civiele rechter is recentelijk weer opgelaaid na de Urgenda-uitspraak van de rechtbank Den Haag.²⁰⁸ Tegen die achtergrond is goed verdedigbaar de stelling dat de

²⁰⁷ U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005), onder verwijzing naar Cato, 70 F.3d at 1110 (“affirming the dismissal of plaintiffs’ slavery reparations complaint on political grounds based on Congress’ desire to prevent judicial second guessing of legislative and administrative decisions grounded in social, economic, and political theory through the medium of action in tort”).

²⁰⁸ Van Gestel & Loth 2015, met de daar aangehaalde literatuur.

civiele rechter een complementaire functie vervult in een constitutioneel systeem van ‘*checks and balances*’, welke actueel wordt indien de politiek er het zwijgen toe doet.

Ook in geval van historisch onrecht? Terwijl ik dit schrijf is de vordering van nabestaanden van enkele van de kapers van de trein bij De Punt in 1977 door de rechtbank afgewezen.²⁰⁹ Misschien nog meer dan schadevergoeding was waarheidsvinding de inzet van deze procedure. De rechtbank oordeelde dat zij genoeg wist, maar de zaak wordt in hoger beroep voortgezet. Wat hier verder ook van zij, de frustratie van de Zuid-Molukkers is begrijpelijk; zij zijn hier onder valse beloften van de Nederlandse overheid gekomen en verkeren meer dan 60 jaren later nog steeds in een maatschappelijke achterstandspositie. Aandacht voor de toekomst van deze minderheid is misschien nog belangrijker dan waarheidsvinding met betrekking tot het verleden. Als de politiek zwijgt, moet dan niet de civiele rechter spreken?

8. Conclusies

Dit preadvies was gewijd aan de verschillen tussen de twee zaken waarmee wij begonnen. Die vraag is beantwoord in de vorige paragraaf. Wat kunnen wij hier in meer algemene zin van leren? Welk historisch onrecht kan wel binnen het bereik van het aansprakelijkheidsrecht worden gebracht, en welk onrecht niet? Hiervoor bleek al dat wegstijgen van historisch onrecht even schadelijk kan zijn als de neiging om ieder historisch onrecht met juridische middelen recht te zetten (par. 2). Bovendien kent aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking haar eigen beperkingen; het streven naar rechtvaardigheid vindt zijn begrenzing in de middelen die het recht biedt, al zijn die niet in rots gehouwen en vatbaar voor ontwikkeling. Niettemin doemt bij historisch onrecht al snel het adagium op “*hard cases make bad law*”. Tegen die achtergrond biedt het aansprakelijkheidsrecht een aantal mogelijkheden, maar ook serieuze beperkingen, voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. In de eerste plaats zijn die vorderingen beperkt houdbaar door de regeling van de verjaring. De ratio van de verjaringsregeling is juist bij historisch onrecht relevant: de invloed van het tijdsverloop op de bewijsmogelijkheden, de verwachtingen van partijen, de rechtszekerheid voor derden, en het bewaren van maatschappelijke vrede en rust. De heropening van het debat over het herstel van het slavernijverleden via het aansprakelijkheidsrecht lijkt hier al te stranden. De discussie over compensatie van nadelen en de restitutie van voordelen – kortom de maatschappelijke afrekening – van deze zwarte bladzijde van onze geschiedenis overstijgt al snel de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht en de civiele rechter. Maar dat geldt niet voor alle vormen van historisch onrecht. In de zaak van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder lijken er goede gronden om de verjaring te doorbreken (vergelijkbaar met die in de zaak Rawagedeh). In deze richting wijzen in ieder geval de schaal van de verrichte dwangarbeid, de wetenschap van de ontoelaatbaarheid, de onmogelijkheid voor de slachtoffers destijds om daartegen op te komen, en de genoegdoening die civielrechtelijke aansprakelijkheid nu nog kan bieden (zowel aan de slachtoffers als aan de collectieve verwerking).

²⁰⁹ Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:8895.

De mogelijkheden en beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht blijken ook uit de thans geldende vereisten voor aansprakelijkheid. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid gelden de toen en daar heersende normen van geschreven en ongeschreven recht, die niet met “*hindsight bias*” mogen worden geïnterpreteerd en vastgesteld. Vooral de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zijn natuurlijk beperkt houdbaar, aangezien ze zich ontwikkelen met maatschappelijke, economische, technologische en morele veranderingen. Telkens is het de vraag wat van de (wetenschap van de) veroorzakers mag worden verwacht. Dat neemt niet weg dat het in extreme gevallen van onrecht, uitsluiting en afhankelijkheid, verdedigbaar is – mede in het licht van ‘*ius cogens*’ – de desbetreffende praktijken (alsnog) binnen het bereik van het recht te brengen. Het onrechtmatigheidsoordeel van de rechter past dan geen normen met terugwerkende kracht toe, maar vult een normatieve lacune op in het toen geldende recht. Maar dan wachten er nog serieuze problemen met betrekking tot de causaliteit en de begroting van de schade. Dat heeft niet alleen te maken met de conceptuele grenzen van het aansprakelijkheidsrecht (de reikwijdte van de begrippen), maar ook met zijn morele grenzen (de reikwijdte van de legitimerende principes). Indien en voor zover de aansprakelijkheid voor historisch onrecht op de compensatie van onrechtmatig toegebrachte schade is gericht, wordt zij gerechtvaardigd door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid. Overigens is de morele legitimatie van aansprakelijkheid voor historisch onrecht omstreden: neemt zij af met het verloop van de tijd, of strekt zij zich uit over meerdere generaties? Indien en voor zover de aansprakelijkheid voor historisch onrecht is gericht op de restitutie van ongerechtvaardigd verkregen voordelen, heeft zij een minder sterke morele rechtvaardiging (voor zover het niet om specifieke objecten gaat).

Vanuit het perspectief van de betrokken partijen zijn drie gevalstypen van aansprakelijkheid voor historisch onrecht onderscheiden. Het individuele model betreft de categorie van zaken waarin één of meer individuele benadeelden één of meer gedaagden aansprakelijk stellen voor (de gevolgen van) historisch onrecht (bijvoorbeeld de weduwen van Rawagedeh, en de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder). Deze zaken passen het beste in het aansprakelijkheidsrecht. Het groepsmodel betreft de zaken waarin meerdere individuele eisers onder de beschrijving van het lidmaatschap van een groep een vordering instellen tegen een of meer rechtspersonen die verantwoordelijkheid dragen (Deadria Farmer Paellmann). De groepsactie van art. 3:305a BW is het voertuig voor de bundeling van gelijksoortige belangen. Het collectieve model ten slotte, betreft de zaken waarin het herstel van historisch onrecht als algemeen belang wordt gezien dat in beginsel alle leden van de samenleving aangaat. In de VS zou een dergelijke actie als een “*non-justiciable, political question*” worden gezien, die de constitutionele positie van de rechter overstijgt. Bij ons is niettemin een vordering tot herstel van historisch onrecht als algemeen belangactie op de voet van art. 3:305a BW denkbaar, zoals eerder vorderingen tot bescherming van het milieu of (meer recent) het klimaat.²¹⁰ Het is niet ondenkbaar dat de politiek vraagstukken van herstel laat liggen die de samenleving verdeeld houden. Het is evenmin ondenkbaar dat de civiele rechter hier van zich laat horen, door de partijen toe te laten, hun verhaal te laten houden, het debat te kanaliseren, en beslissingen te nemen met vooral een symbolische betekenis. Wij staan nog maar

²¹⁰ Of op de voet van art. 3:305b BW, zoals wij zagen (par. 7).

aan het begin van een lange en fascinerende rechtsontwikkeling die de grenzen en grondgedachten van het aansprakelijkheidsrecht niet onberoerd zal laten.

Literatuur:

Arendt 1973

H. Arendt, 'Preface to the first edition (1950)', in: H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harcourt Brace Jovanovich 1973, p. vii-ix.

Barkan 2003

E. Barkan, 'Restitution and amending historical injustices in international morality', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 57 – 69.

Beecher Stowe 2001

H.B. Stowe (R.S. Levine ed.), *Dred: a tale of the great Dismal swamp*, London: Penguin Books 2001.

Van Boom & Barendrecht 2001

W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand e.a. (red.), *BW-krant jaarboek 16: Tijd en Onzekerheid*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-59.

Van den Broek & Enneking 2014

B. van den Broek & L. Enneking, 'Public interest litigation in the Netherlands, A multidimensional take on the promotion of environmental interests by private parties through the courts', *Utrecht Law Review* (10) 2014, Issue 3, p. 77-90.

Brooks 2003

R.L. Brooks, 'Reflections on reparations', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 69 - 80.

Brophy 2003

A.L. Brophy, 'Some conceptual and legal problems in reparations for slavery', *NYU Annual Survey of American Law* (58) 2003, No. 4, p. 497-556, <http://ssrn.com/abstract=404841>.

Brophy 2004

A.L. Brophy, 'The cultural war over Reparations for Slavery', *DePaul Law Review* (53) 2004, Issue 3, p. 1181-1213.

Brophy 2006

A.L. Brophy, *Reparations pro & con*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Cairns 2003

A. Cairns, 'Coming to terms with the past', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 28-56.

Charles & Hurst 2001

K.K. Charles & E. Hurst, 'The Correlation of Wealth Across Generations', *Journal of Political Economy* (111) 2003, No. 6, p. 1155-1182, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468161.

Cleiren 2003

C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', in: A.C. Zijderfeld, C.P.M. Cleiren & C.E. Du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-105.

Cohen 2008

A.I. Cohen, 'Compensation for Historic Injustices: Completing the Boxill and Sher Argument', *Philosophy and Public Affairs* (37) 2008, No. 1, p. 81-102.

Conley 2003

Conley, 'Calculating Slavery Reparations, theory, numbers and implications', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 80 – 91.

Dagan 2004

H. Dagan, 'Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, p. 1139-1176, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=664403.

Delva 1962

W. Delva, *De bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen*, preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Van Dijk 2003

H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring', *AV&S* 2003, nr. 5, p. 147-157.

Epstein 2004

R.A. Epstein, 'The Case against Black Reparations', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, p. 1177-1192.

French 1984

P.A. French, *Collective and corporate responsibility*, New York: Columbia University Press 1984.

Frenk 1993

N. Frenk, 'Kent Nederland een 'governmental action'? Acties van overheidswege in het privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1994, afl. 4, p. 145-155.

Van Gestel & De Poorter 2002

R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, 'Je maintiendrai'. Naar een prominentere rol van burgers en milieuorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, nr. 3, p. 84-95.

Giesen 2017

I. Giesen, 'Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht', *NTBR* 2017/21, afl. 5, p. 145-147.

Gras 2001

E. Gras, 'De roep om het morele declaratoir: houdbaar in de civiel-procesrechtelijke context?', *Praktisch procederen* 2001/5, p. 105-108.

Gross 2007

A. Gross, 'When is the Time of Slavery? The History and Politics of Slavery in Contemporary Legal Argument', *California Law Review* (96) 2007, Issue 1, p. 283-321, <http://ssrn.com/abstract=983119>.

Holmes Jr. 1897

O.W. Holmes Jr., 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* (10) 1897, p. 457-478.

Holthuijsen 2001

J.L.H. Holthuijsen, 'Ontsnappen aan het verjaringszwaard', *NTBR* 2001/1, p. 2-13.

Hylton 2004

K.N. Hylton, 'Slavery and Tort Law' (Symposium on Jurisprudence of Reparations), *Boston University Law Review* (84) 2004, Issue 5, p. 1209-1255, <https://papers.ssrn.com/abstract=374200>.

Van Iterson 1962

W. van Iterson, 'Immemoriale possessie en praescriptie in de Nederlandse rechtsgeschiedenis', *RM Themis* 1962, afl. 5, p. 427-473.

Koopmann 2010

M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Kysar 2017

D.A. Kysar, 'The public life of private law: tort law as risk regulation mechanism', *Yale Law School* 2017, Public research paper no. 607, <https://ssrn.com/abstract=3006237>.

Lichtenauer 1932

W.F. Lichtenauer, *De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding* (diss. Leiden), Wageningen: Veenman 1932.

Lichtenauer 1962

W.F. Lichtenauer, *Vernietigende verjaring en verval van rechten door tijdsverloop*, preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 2016

M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid, over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens-benadeelde'', preadvies VASR 2016, in: Aansprakelijkheidsrecht en maatmens, M. Th. Beumers, W.H. van Boom, M.A. Loth, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33 – 67.

Loth 2017

M.A. Loth, 'Too big to restore? Aansprakelijkheid voor historisch onrecht', in: AV&S 2017, nr. 2, p. 11 – 17.

Lutz 2008

C.E. Lutz, 'The death knell tolls for reparations In Re African American Slave Descendants Litigation', *Seventh Circuit Review* (3) 2008, Issue 2, p. 532-556.

MacCarthy 2004

T. MacCarthy, 'Coming to Terms with Our Past, Part II: On the morality and Politics of Reparations for Slavery', *Political Theory* (32) 2004, No. 6, p. 750-772, <http://www.jstor.org/stable/4148144>.

Maier 2003

C.S. Maier, 'Overcoming the past? Narrative and negotiation, remembering and reparation: issues at the interface of history and the law', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 260 - 270.

Nieuwenhuis 1998

J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, afl. 1, p. 9-17.

Olick & Cloughlin 2003

J.K. Olick & B. Coughlin, 'The politics of regret, analytical frames', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 2-28.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijdeveld, C.P.M. Cleiren & C.E. Du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105-161.

Rawls 1971

J. Rawls, *A theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press 1971.

Van Schaick 2000

A.C. van Schaick, 'Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2000/6414, p. 591-597.

Schrijver 2016

N. Schrijver, 'De kraamkamers van het internationale recht', in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding II*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 109-124.

Sebok 2004

A.J. Sebok, 'Two Concepts of Injustice in Restitution For Slavery', *Brooklyn Law School Legal Studies Papers* 2004, Research Paper No. 20, <http://ssrn.com/abstract=598258>.

Sher 1981

G. Sher, 'Ancient wrongs and modern rights', *Philosophy and Public Affairs* (10) 1981, No. 1, p. 3-17.

Sherwin 2004

E. Sherwin, 'Reparations and Unjust Enrichment', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, Cornell Law Faculty Publications Paper 6, p. 1443-1465, http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/6.

Smeehuijzen 2004

J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *BW-krant Jaarboek 20: Termijnen*, Deventer: Kluwer 2004.

Smeehuijzen 2006

J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom juridisch 2006.

Spier 2016

J. Spier, *De lange schaduw van het verleden, omgaan met historisch onrecht*, Den Haag: Bju 2016.

Van Swaay 2011

J.H.M. van Swaay, 'Rawagedeh: een rechtens onjuist vonnis', *NJB* 2011/1878, afl. 37, p. 2516-2517, met naschrift in *NJB* 2012/402, afl. 7, p. 462.

Teunissen 2008

J. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak, schrap de algemeen belangactie uit 3:305a BW!', *NJB* 2008/1220, p. 1524-1530.

Teunissen 2010

J. Teunissen, 'De SGP-vrouwenzaak. Doorwerking van de nieuwe jurisprudentielijn inzake art. 1:2 lid 3 Awb bij de uitleg van art. 3:305a BW?', *NJB* 2010/321, p. 417-418.

Thompson 2001

J. Thompson, 'Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants', *Ethics* (112) 2001, No. 1, p. 114-135.

Torpey 2001

J. Torpey, 'The pursuit of the past: a polemical perspective', in: P. Seixas (ed.), *Theorizing Historical Consciousness*, Toronto: University of Toronto Press 2004, p. 240-255.

Van 1995

A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Veraart 2010

W.J. Veraart, *De passie voor een alledaagse rechtsorde, over vergeten, herinneren en vergeven als reacties op historisch onrecht* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2010.

Veraart 2012

W.J. Veraart, 'Uitzondering of precedent? De historische dubbelzinnigheid van de Rawagede-uitspraak', *Ars Aequi* 2012, p. 251-259.

Verdun 1993

V. Verdun, 'If the Shoe Fits, Wear It: An Analysis of Reparations to African Americans', *Tulane Law Review* (67) 1993, No. 3, p. 597-668.

Waldron 1992

J. Waldron, 'Superseding historic injustice', *Ethics* (103) 1992, No. 1, p. 4-28.

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Wenger 2006

K.D. Wenger, 'Causation and the attenuation in the Slavery Reparations Debate', *University of San Francisco Law Review* 2006, p. 279-326.

Wolters 2017

P.T.J. Wolters, 'De verjaring van een vordering tot schadevergoeding op grond van de blootstelling aan asbest na Heijnen/Maersk', *TVP* 2017, nr. 3, p. 80-85.

Yamamoto, Serrano & Rodriguez 2003

E.K. Yamamoto, S.K. Serrano & M.N. Rodriguez, 'American Racial Justice on trial – Again: African American Reparations, Human Rights and the War on Terror', *Michigan Law Review* (101) 2003, Issue 5, p. 1269-1337.

Zegveld 2015

L. Zegveld, *Civielrechtelijke verjaring van internationale misdrijven* (oratie Amsterdam UvA), www.liesbethzegveld.com/user/file/pdf-6343weboratie_zegveld_-_def.pdf.

Zijderveld 2003

A.C. Zijderveld, 'De wisselende aandacht voor slachtoffers', in: A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren & C.E. Du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-33.